Besitzerwerb durch Interessenvertreter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristenfakultät zu Tübingen

vorgelegt

von

Viktor Bruns.

Tübingen
Druck von H. Laupp jr
1910.

Genehmigt am 23. Juni 1910 auf Antrag des Herrn Referenten:
Professor Dr. M. von Rümelin, Kanzler der Universität.

Die Arbeit erscheint im Buchhandel im Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Das Problem und Uebersicht über die Stellung des römischen und gemeinen Rechts.

§ 1. Das Problem 1
§ 2. Uebersicht über die Stellung des römischen und gemeinen Rechts 10

Das geltende Recht.

I. Grundlagen.

§ 3. Der Besitzbegriff des BGB. und seine historische Entwicklung 35
§ 4. Die Einigung bei der Besitzübertragung und ihr rechtlicher Charakter 65
§ 5. Fortsetzung, Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung . . . 78

II. Die einzelnen Fälle des Besitzerwerbs durch Interessenvertreter

§ 6. Der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 91
§ 7. Erwerb des mittelbaren Besitzes für den Vertretenen durch Vertragsabschluß nach § 868 und § 870 BGB. direkt auf seinen Namen 96
Exkurs: Stellvertretung beim Abschluß des Zessionsvertrags 100
§ 8. Verträge zugunsten Dritter im Besitzrecht 116
§ 9. Erwerb durch Besitzgehilfen 143
§ 10. Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 868 153

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547023_0007

Einleitung.

Das Problem und Uebersicht über die Stellung des römischen und gemeinen Rechts.

§ 1. Das Problem.

Mit dem Worte Interessenvertretung pflegt man in der juristischen Terminologie den Gegensatz zu der eigentlichen Stellvertretung, die sog. mittelbare Vertretung zu bezeichnen. Es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß jemand im Interesse eines anderen oder, wirtschaftlich aufgefaßt, auf fremde Rechnung tätig wird, ohne jedoch in fremdem Namen zu handeln. Direkte Stellvertretung liegt demgegenüber dann vor, wenn die handelnde Person die sich aus ihrem Tun ergebenden Folgen unmittelbar in der Person des Vertretenen herbeizuführen gewillt ist und diesen Willen nach außen erkennbar macht [1]. Faßt man den Unterschied zwischen direkter und indirekter Stellvertretung dahin, daß der Wille des Vertreters das einemal gerichtet sei auf Eintritt des Rechtserfolges direkt

[1] Eine Zusammenstellung der verschiedenen Formulierungen findet sich bei Schloßmann, Stellvertretung I S. 4 ff. Im übrigen vgl. über den Begriff der Stellvertretung die Ausführungen von Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, 1908 § 1 S. 1 ff. Letzterer (S. 9) meint, die sog. Vertretungsmacht sei für den Begriff der Stellvertretung nicht wesentlich, so wenig wie der Eintritt der Folgen des eigenen Handelns in der Person des anderen. Oertmann (Kommentar I Bem. 1 c vor § 164 ff.) hält einen inneren Willen, gerade als Vertreter zu handeln nicht für erforderlich, indem er aus dem Offenheitsprinzip wohl durch Umkehrung des § 164 Abs. 2 den Schutz gutgläubiger Dritter erreichen will.

in der Person des Vertretenen, das anderemal auf eigenen Erwerb und daß jeweils der erstrebte Erfolg eintrete, weil er so gewollt sei, so gibt es im Gebiet des Besitz- und Eigentumserwerbs für uns kaum ein Problem. Denn daß man sich zu solchem Erwerbe der Hilfe eines direkten Stellvertreters bedienen könne, ist allgemein herrschende Ansicht, die auch der Angriff Leonhards [1] nicht zu erschüttern vermochte. Und vollends das Handeln des indirekten Vertreters, der bewußt und gewollt Eigenerwerb vollzieht, unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Besitz- und Eigentumserwerb in keiner Weise, da ja die Wirkung für den Vertretenen hier erst noch von einer weiteren Uebertragung abhängt.

Diese Scheidung und Definition der direkten und der indirekten Vertretung, von der man heute wohl allgemein ausgeht, wird den Verhältnissen nicht gerecht.

Zunächst eine Schwierigkeit, die auf rein tatsächlichem Gebiete besteht. Bekanntlich hat das BGB. das sog. Offenheitsprinzip gesetzlich sanktioniert, das den Eintritt der Wirkungen in der Person des Vertretenen bei direkter Stellvertretung abhängig macht von einer Verlautbarung des Vertretungswillens nach außen: es muß also dem Gegenkontrahenten erkennbar gemacht werden, daß der Vertreter die Geschäftswirkungen in der Person des Vertretenen herbeiführen will. Nach § 164 Abs. 1 Satz 2 braucht aber das alieno nomine agere nicht ausdrücklich erklärt zu werden; es genügt, wenn die Umstände ergeben, daß die Willenserklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll. Man stellt dabei auf die für den Geschäftsgegner objektiv erkennbaren, wenn auch vielleicht im einzelnen Fall nicht erkannten Umstände ab [2]. Es liegt auf der Hand, daß es einer richtigen Interpretation der Parteierklärung und des Parteiwillens nicht leicht fallen wird, die Grenzlinien zwischen solchem Handeln und einer bloßen Interessenvertretung zu ziehen, zumal wenn letztere eine offene ist, d. h. wenn der Mittler seinem Gegner gegenüber hervortreten läßt, daß er auf fremde Rechnung handelt.

Eine solch scharfe Scheidung von direkter und indirekter

[1] Vertretung im Fahrniserwerb, 1899 S. 57 ff.

[2] Vgl. z. B. Oertmann, Kommentar I² S. 508 Bem. 1bβ zu § 164 und Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 467.

Vertretung, wie sie die Theorie anstrebt, ist um so schwerer praktisch durchzuführen, als die Parteien regelmäßig gar keine oder doch nur eine recht unklare Vorstellung davon haben, was es heißt, in eigenem oder in fremdem Namen handeln. Das lehrt die tägliche Erfahrung der Praxis. Nur über den Punkt pflegen die Parteien meist recht gut orientiert zu sein, wen im Grunde der Vorteil oder der Schaden aus dem Geschäfte treffen soll.

Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß die Unklarheit der Parteivorstellungen auf sachenrechtlichem Gebiet, besonders hinsichtlich des Eigentumsübergangs, in verstärktem Maße hervortreten. Denn einmal ist man hier genötigt, mit stillschweigenden Willenserklärungen als der Regel zu rechnen, während ausdrückliche Erklärungen, abgesehen vom Grundbuchverkehr, zu den seltenen Ausnahmen gehören. Nimmt man noch die völlige Unkenntnis der Parteien von dem Eigentumsübergang und seinen Voraussetzungen hinzu, so ergibt sich ohne weiteres, daß in diesem Punkt meist mit einer Art fingierter Größen operiert werden muß. Dabei ist noch nicht einmal das Bedenken in Betracht gezogen, ob es bei der Eigentumstradition überhaupt ein alieno nomine agere geben könne[1]. Die faktischen Unterlagen, aus denen die Parteiwillenserklärung zu gewinnen ist, entbehren hier ganz besonders der Zuverlässigkeit. Berühmt ist die Umfrage bei den Hamburger Kommissionären, die Lenel[2] veranstalten ließ, und die bei allen Befragten dasselbe Resultat hatte: sie vermochten auf die ihnen vorgelegte Frage, ob sie bei Ausführung der Kommission den Willen hätten, das Eigentum am Kommissionsgut für sich oder für den Kommittenten zu erwerben, keine Antwort zu geben. Sie meinten, ihr Wille gehe dahin, die Kommission auszuführen. Die Eigentumsfrage zu entscheiden sei nicht ihre, sondern der Juristen Sache.

Sodann ein weiteres, noch schwerwiegenderes Bedenken rechtlicher Natur. Die mittelbare Stellvertretung bildet gewissermaßen die Zwischenstufe zwischen den Eigengeschäften, die man ausschließlich für sich selbst in eigenem Namen, eigenem Interesse und auf eigene Rechnung ausführt und den eigent-

[1] Vgl. Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht 1903 S. 102 ff., 108.

[2] Vgl. Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, Iherings J. Bd. 36 S. 49.

lichen Stellvertretungsgeschäften, bei denen der Handelnde lediglich in fremdem Interesse, auf fremden Namen und Rechnung tätig wird, ohne daß irgend welche Rechtswirkungen aus seinem Handeln seine eigene Person berühren. Zwischen diesen beiden Extremen liegen zahlreiche Zwischenstufen, feine Nuancen des Tätigwerdens in fremdem Interesse. Für sie alle steht nach heutigem Recht nur die Kategorie der mittelbaren Vertretung zur Verfügung, die von der herrschenden Lehre den Eigengeschäften des Mittlers in der rechtlichen Behandlung völlig gleichgestellt wird. Schon daraus ergibt sich, daß die sog. mittelbare Vertretung eine große Zahl ganz verschieden gelagerter Fälle umfaßt, d. h. umfassen muß, die eben wegen ihrer Verschiedenheit auch eine differenzierte rechtliche Behandlung beanspruchen können.

Aus dem eben angegebenen Grund sind zwei Formen der mittelbaren Vertretung zu unterscheiden: einmal die von den Parteien gewollte Interessenvertretung, bei der Vertretener und Vertreter, jedenfalls aber letzterer absichtlich und bewußt für sein Handeln die Form der indirekten Vertretung, der Eigenwirkung des Rechtsgeschäfts wählt (primäre Interessenvertretung) und sodann die subsidiäre Form, die nicht eintritt, weil der Vertreter sie ausdrücklich gewählt und gewollt hätte, sondern weil etwa der Mangel der Erkennbarkeit des in fremdem Namen Handelns der Annahme direkter Stellvertretung im Wege steht[1]. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur direkten Stellvertretung: letztere ist nur dann vorhanden, wenn bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der Vertreter den Willen gehabt hat, die Rechtswirkungen in der Person des Vertretenen zustande zu bringen. Ihrem ganzen Wesen nach kann sie nie subsidiär eintreten.

Die Fälle der subsidiären Interessenvertretung dagegen sind im Kleinverkehr des täglichen Lebens unendlich häufig. Es handelt z. B. ein Hausgenosse, ein Ehegatte, ein Freund für den anderen, ein Angestellter für seinen Prinzipal, ohne beim Abschluß des in Frage stehenden Geschäftes seine Stellung und seinen Auftrag erkennbar hervortreten zu lassen; das geschieht nicht etwa, weil die Mittelsperson den von ihm Vertretenen

[1] Vgl. hiezu Dernburg, Das bürgerliche Recht I § 171 S. 561.

absichtlich aus dem Spiel lassen wollte, sondern einfach, weil es nicht üblich ist, in solchen Fällen besonders darauf hinzuweisen, wen das Geschäft eigentlich angeht. Es sind das zweifellose Fälle von Vertretung, nur entstehen die Kausalbeziehungen in der Person des Vertreters und nicht in der des Vertretenen. Das ist eine unabweisbare Folge des sog. Offenheitsprinzips des § 164 BGB.

Der Grund dieses Prinzips ist lediglich der, daß der Gegenkontrahent des Vertreters ein Recht darauf haben muß zu wissen, wer sein Vertragsgegner, insbesondere wer sein Schuldner ist. Es soll ihm nicht eine fremde Person aufgedrängt werden können, mit der er nicht gerechnet hatte, als er das Rechtsgeschäft schloß, deren Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit er nicht kannte. Das Offenheitsprinzip bedeutet lediglich eine Schutzmaßregel im Interesse und zugunsten des Gegenkontrahenten. Ueber die durch diesen Schutzzweck gegebene Grenze hinaus sollten aus der Verletzung des Offenheitsprinzips keine Konsequenzen gezogen werden. Das geschieht aber, sobald man das Offenheitsprinzip über den Kreis der Verpflichtungsgeschäfte auf die Leistungsgeschäfte ausdehnt.

Die herrschende Lehre [1] unterwirft auch die Leistungsgeschäfte, insbesondere die Eigentumsübertragung und mithin die in ihr enthaltene Besitzübertragung dem Offenheitsprinzip des § 164, weil diese Vertragscharakter hätten und daher den Vorschriften über die Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen unterständen. Sie trifft damit alle Fälle auch der subsidiären Interessenvertretung und schließt für sie somit jeden direkten Erwerb des Vertretenen aus. Diese Ansicht ist, was die Methode anbetrifft, durch die sie gewonnen wurde, anfechtbar: sie will die Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen stets da anwenden, wo sie glaubt das Vorliegen einer Willenserklärung konstatieren zu können. Dabei bleibt unberücksichtigt und wird einer Prüfung nicht unterzogen die Hauptfrage, ob das aus den betreffenden Willenserklärungen bestehende Geschäft seinem Wesen und Zweck nach die Anwendung der allgemeinen Vorschriften überhaupt zuläßt. Denn es ist klar, daß die allgemeinen Vorschriften nur insoweit Geltung haben, als die Natur

[1] Vgl. Staudinger III Bem. I 2aβ zu § 873, Planck III Bem. III 1 zu § 873.

der jeweils in Frage stehenden Willenserklärungen eine solche Anwendung ertragen.

Die Durchführung des Offenheitsprinzips, wie der meisten allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte widerstrebt der Natur der Leistungsgeschäfte und führt zu ganz unpraktischen Resultaten. Und zwar gilt dies hauptsächlich von den Fällen subsidiärer Interessenvertretung.

Das zeigt sich deutlich bei zwei besonders wichtigen Gruppen von Anwendungsfällen der Vertretung im Besitz- und Eigentumserwerb: es sind das einmal die Kommissionsgeschäfte, vor allem im Großverkehr, insonderheit die Kommission zum Ein- und Verkauf von Wertpapieren. Da es sich bei solchen Einkäufen gewöhnlich um Genusgeschäfte handelt, kompliziert sich die Lage, bis die für den Kommittenten bestimmte Ware ausgesondert ist. Ergibt sich aus den Tatumständen, daß der Kommissionär im einzelnen Fall den Willen hatte, die Kommission auszuführen und seinen Verpflichtungen nachzukommen, oder vielmehr ergibt sich nicht ausdrücklich, daß er seine Kommissionärpflichten, die ihm Eigentumsverschaffung an den Kommittenten auferlegen, zuwiderhandeln will, so ist es doch durchaus ungerechtfertigt, wenn man den Kommittenten zwar die Gefahr des Geschäftes tragen läßt, ihm aber nicht das Eigentum zubilligt. Andernfalls müßte man die Kommissionsware in die Konkursmasse des Kommissionärs fallen lässen bloß deswegen, weil beim Einkauf nicht das Offenheitsprinzip des § 164 BGB. gewahrt wurde, obwohl es sich zumeist sogar um offene d. h. für den Geschäftsgegner erkennbare Interessenvertretung handelt und dieser keinerlei eigenes Interesse an der Person des Erwerbers hat.

Die andere Gruppe der häufig zu richterlicher Jurisdiktion kommenden Fälle bilden Erwerbsgeschäfte der Hausgenossen, vor allem der Eheleute: der Ehemann oder die Ehefrau z. B. kauft mit dem Geld seines Ehegatten eine Sache ein. Gesetzt, es wird einige Zeit darauf beim Ehemann wegen einer persönlichen Schuld gepfändet. Unter den Pfandobjekten befindet sich die für seine Ehefrau auf deren Rechnung und mit ihren Mitteln eingekaufte Sache. Klagt nun die Ehefrau auf Freigabe der Sache nach § 771 CPO., so hat sie zunächst die Vermutung des § 1362 BGB. zugunsten der Gläubiger ihres Mannes zu entkräften. Lebt sie in Gütertrennung, so muß sie entweder

beweisen, daß ihr Ehemann beim Einkauf erkennbar in ihrem Namen gehandelt hat. Daran hat aber dieser gewöhnlich nicht gedacht, und der immer wieder angetretene und eingezogene Beweis durch das Zeugnis des Verkäufers, ist zwecklos. Da es sich gewöhnlich um kleinere Gegenstände handelt, erscheint nun meist die Verkäuferin eines Warenhauses vor Gericht und vernimmt staunend, daß sie aussagen solle darüber, ob der X seinerzeit ausdrücklich oder doch erkennbar im Namen seiner Ehefrau gehandelt habe.

Die andere Möglichkeit, ihr Vermögen zu retten — vorausgesetzt ist natürlich, daß kein Schwindelmanöver zur Benachteiligung der Gläubiger des Mannes vorliegt, — ist für die Ehefrau gegeben, wenn sie nachweist, daß nachträglich eine weitere Eigentumsübertragung durch ihren Ehemann auf sie stattgefunden hat. Daran haben aber die beiden nicht gedacht, und wenn sich nirgends ein Anhaltspunkt findet, in dem der Jurist mit seinem scharfen Auge ein constitutum possessorium zu sehen vermag, so hat eben die Frau ihr Geld verloren.

Daß solche Resultate nicht brauchbar sind, hat der Gesetzgeber selbst empfunden und gerade in den wichtigsten Fällen ausdrücklich bestimmt, daß es für den Eigentumserwerb nicht auf ein in fremdem Namen Handeln ankommen solle[1]. Allbekannt ist der § 392 HGB. Und weiter ist gerade im ehelichen Güterrecht nicht auf ein alieno nomine agere beim Erwerb abgestellt, ebensowenig wie in § 1646 Abs. 2, sondern es soll der Eigentum erwerben, der die wirtschaftlichen Opfer für den Erwerb gebracht hat: §§ 1381, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2; bei der allgemeinen Gütergemeinschaft wird nach § 1438 Abs. 2 ebenfalls nicht gefragt, ob der Veräußerer etwas davon erfuhr, daß die tradierte Sache in die Gütergemeinschaft des Ehegatten fallen solle.

[1] Bei diesen Bestimmungen handelt es sich nicht um ausdrücklich festgelegte Ausnahmen eines gegenteiligen Prinzips, wie man immer und immer wieder versichert (Vgl. z. B. RGE Bd. 58 S. 276 f., Planck 1 Vorbem. 3 vor § 164). Vielmehr kam es dem Gesetzgeber darauf an, bestimmte besonders wichtige Fälle herauszugreifen und an ihnen das Prinzip festzustellen. — Im übrigen ist energisch Front zu machen gegen die Regel, daß Ausnahmesätze keiner Erweiterung durch Analogie fähig seien. Sie wird oft als „Ruhekissen bei der Rechtserforschung mißbraucht". So treffend Regelsberger, Iherings J. Bd. 58 S. 168.

Auch das französische Recht, das den Eigentumsübergang unauflöslich an das obligatorische Grundgeschäft gebunden und damit dem Offenheitsprinzip unterworfen hat, zieht nicht einmal die Konsequenzen aus seinem System des Eigenerwerbs des Beauftragten, der im eigenen Namen gehandelt hat: ohne besonderen Uebertragungsakt wird der Auftraggeber Eigentümer, wenn es nur den Interessen der Vertragspartei nicht widerspricht: jedenfalls hat er ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Kommissionärs.[1] Und das schweizerische Obligationenrecht bestimmt in seinem Artikel 399: Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen dieselben auf den Auftraggeber über, sobald der letztere seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist. Dieses gilt auch gegenüber der Masse, wenn der Beauftragte in Konkurs gefallen ist. Absatz 2: Ebenso kann der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten die beweglichen Sachen herausverlangen, welche letzterer im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers, zu Eigentum erworben hat; doch darf die Masse allfällige Retentionsrechte des Beauftragten geltend machen.

Schließlich mag noch auf Folgendes hingewiesen sein: Der „juristische Laie" pflegt ein feines Rechtsgefühl für Fälle unserer Art zu haben. Davon kann sich jeder, der will, im Wege der „Umfrage" leicht überzeugen: der Laie betrachtet die Sache, die er in fremdem Auftrag auf fremde Rechnung einkauft, vollends, wenn er das Geld schon zum voraus empfangen hat, als eine fremde, deren Nichtablieferung an den Auftraggeber er als eine strafbare Handlung ansehen würde[2]. Hü-

[1] Vgl. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial 4e éd. tome III p. 426/7. Le principe selon lequel les effets des actes faits par le commissionaire agissant en son nom, se produisent directement dans sa personne, tout comme s'il avait opéré pour son compte, ne doit cependant pas exagéré. Il est exact à l'égard des tiers et toutes les fois que leur intérêt est en jeu; mais, dans les rapports entre le commettant et le commissionaire, la vérité reprend son empire: ce qui est fait par le commissionaire est réputé fait par le commettant. Pourvu que les tiers soient désintéressés dans la question et que le commissionaire n'ait pas quelque intérêt légitime à ce qu'il en soit autrement, le commettant a donc le droit d'agir comme créancier, débiteur ou propriétaire.

[2] Vgl. auch Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschnitt XIX S. 5 f.

ten wir uns, ein gesundes Billigkeitsgefühl durch theoretische Konstruktionen zu kränken.

Die Frage nach dem Besitz- und Eigentumserwerb durch Stellvertreter ist eine vielerörterte. Die Voraussetzungen des direkten Erwerbs des Vertretenen, besonders das alieno nomine agere, waren im gemeinen Recht schon ebenso bestritten, wie sie es heute noch sind [1]. Die im gemeinen Recht herrschende Meinung stellte nicht ab auf eine Verlautbarung der Vertretung nach außen, sondern auf den aus den objektiven Umständen zu ermittelnden inneren Willen des Mittlers [2]. Savigny hatte den inneren Willen des Tradenten entscheiden lassen [3]. Die großen Schwächen der reinen Willenstheorie haben Ihering [4] und Lenel wohl gefühlt und daher aufs heftigste bekämpft. Ihering wollte an Stelle des erklärten oder auch bloß inneren Willens des Mittlers dessen Interesse setzen [5]. Das Interesse des Vertreters sollte von Fall zu Fall entscheiden, ob der Mittler selbst Besitz erlangt oder ob er ihn seinem Herrn erworben habe. Weil aber diese Theorie eine große Unsicherheit und Ungewißheit über die Person des wirklichen Besitzers im Gefolge hat, stellte Lenel [6] das Kriterium des typischen Interesses auf; das typische Interesse aber wird für ihn gebildet durch die Gläubigerschaft im Kausalverhältnis. Er formuliert sein Prinzip selbst folgendermaßen [7]: „Wer im Auftrag eines Anderen Besitz erwirbt auf Grund eines für diesen Anderen bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für diesen anderen. Wer, sei es auch im Interesse und im Auftrag eines Anderen, Besitz erwirbt auf Grund eines für ihn selbst bestehenden oder zu begründenden Kausal-

[1] Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten dürfte sich erübrigen, da das schon oft in ausgezeichneter Weise geschehen ist: Vgl. z. B. Lenel, Jherings J. Bd. 36 S. 42 ff., Regelsberger, Jherings J. Bd. 44 S. 404 ff., Leonhard a. a. O. S. 36 ff.

[2] Literatur bei Lenel a. a. O. S. 43 Anm. 1.

[3] Besitz S. 353.

[4] Der Besitzwille 1889.

[5] Besitzwille S. 379 ff.

[6] a. a. O. S. 54 ff. Die Kritik dieser Theorie erfolgt in § 2. Lenel haben sich angeschlossen: Regelsberger, Jherings J. Bd. 44 S. 393 ff., v. Tuhr, Jherings J. Bd. 48 S. 41 ff.

[7] a. a. O. S. 57 ff.

verhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für sich selbst. Eine Ausnahme hiervon gilt aber für den Prokurator und den Vormund."

Demgegenüber haben Rümelin[1], Fr. Leonhard[2] und Manigk[3] den Vertragscharakter der Tradition betont und haben jeder wieder auf andere Weise durch Willensinterpretation, Aufstellung von Auslegungsregeln oder einfache Anwendung der allgemeinen Regeln über Willenserklärungen zum Ziel zu kommen gesucht.

Die eigenen Ausführungen im Folgenden haben den Zweck, unter Beiseitelassung grundsätzlicher Erörterungen über die Stellung und die Interessen der einzelnen Beteiligten lediglich zu prüfen, was besitzrechtlich die Erfordernisse direkten Besitzerwerbs durch Mittler für einen Vertretenen sind. Es sollen die allgemeinen Grundlagen der Besitzübertragung, wie die speziellen einer solchen durch die verschiedenen Arten von Mittelspersonen untersucht und dabei festgestellt werden, ob sich der direkten Besitzvermittlung durch subsidiäre Interessenvertreter besondere besitzrechtliche Bedenken entgegenstellen.

§ 2. Uebersicht über die Stellung des römischen und gemeinen Rechts[4]).

Eine Umschau im römischen und gemeinen Recht ist für die Frage des Besitz- und Eigentumserwerbs durch Stellver-

[1] Arch Civ Prax. Bd. 93 S. 131 ff.

[2] a. a. O. S. 17 ff., 50 ff.

[3] Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 367 ff.

[4] Aus der Literatur der neueren Zeit sei hervorgehoben: Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte 1881. Mitteis, Stellvertretung S. 51 ff. Hruza, Der Sachbesitzerwerb corpore et animo Grünhuts Z. Bd. 24 S. 217 ff. Brinz, Pandekten I S. 518 ff., IV S. 345 ff., 351 ff. Lenel, Stellvertretung und Vollmacht 1896 Iherings J. Bd. 36 S. 1 ff., besonders S. 42 ff. Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen Iherings J. Bd. 44 S. 396 ff. Mitteis, Römisches Privatrecht I S. 207 ff., M. Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im BGB., Arch Civ Prax. Bd. 93 S. 259 ff. Kniep, Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht 1900. F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899 S. 17 ff. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht 2. Bd.: Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz 1907 S. 163 ff., S. 197 ff. Kaemmerer,

treter heute in erster Linie von historischem und rechtsvergleichendem Interesse. Die Grundlagen unseres modernen Besitzrechtes sind wesentlich andere geworden, daher haben die Lösungen der römischen Juristen für uns keine unmittelbar praktische Bedeutung oder Verwendbarkeit mehr [1]. Immerhin rechtfertigt sich eine Betrachtung des römischen Rechtes: sind doch die Interessenkonflikte teilweise dieselben geblieben. Da ist es denn von Bedeutung, festzustellen, mit welchen Mitteln ein technisch so hoch stehendes Recht, wie das römische, diese Konflikte gelöst hat. Freilich erlaubt der Stand der Quellen uns auch hier in manchen besonders wichtigen Punkten nicht, zu völlig gesicherten Resultaten zu kommen. Immerhin werden wir sehen, welche Bedeutung die Römer dem inneren Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen beigemessen haben [2]: ein Ergebnis, das auch für das heutige Recht noch von Wert ist. Da jedoch diese Fragen zur Zeit des gemeinen Rechts, wie auch noch unter der Herrschaft des BGB., so oft und ausführlich dargelegt und geprüft worden sind, mag an dieser Stelle in einer dem geltenden Recht gewidmeten Arbeit ein kurzer Ueberblick genügen.

Schwierigkeiten, die eine klare Erkenntnis manchmal nicht unwesentlich behindern, ergeben sich für das römische Recht daraus, daß Besitz- und Eigentumserwerb schon in den Quellen nicht strenge auseinandergehalten werden [3]; es ist deshalb oft zweifelhaft, ob der einzelne Ausspruch sich mehr auf das eine

Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach dem Recht des BGB. 1908 (Diss.) S. 40 ff. Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschnitt XIX, Besitz durch Stellvertreter nach römischem Recht, 1909. Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs 1885, 1888. Hirsch, Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbs und -verlustes nach röm. Recht 1892. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition 1867 S. 125 ff. Klein, Sachbesitz und Ersitzung 1891. Bekker, Das Recht des Besitzes 1880. Randa, Der Besitz [3] S. 441 ff. (4. Aufl. 1895). Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung Bd. 2 S. 188 ff. Wenger, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri 1906 S. 157. Vgl. auch v. Savigny, Das Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 304 ff. Literatur bei Windscheid I § 155, 157.

[1] Vgl. Rümelin, Arch. Civ. Prax. Bd. 93 S. 249.

[2] Vgl. dazu Schloßmann, Stellvertretung Bd. 2 S. 233 ff.

[3] Vgl. z. B. l. 9 § 9 D. 12, 1, wo es heißt animo coepit possidere und damit Eigentumsübergang gemeint ist. Vgl. auch l. 8 C. 7, 32.

oder das andere bezieht [1]. Indirekt gelten daher auch die nachfolgenden Ausführungen dem Eigentumserwerb durch Stellvertreter. Denn nach dem Traditionsprinzip des römischen Rechts kann der Vertretene nur Eigentümer werden, wenn der Vertreter ihm den Besitz verschafft [2], selber also weder Eigentum noch Besitz erwerben will. Besitzübertragung und Eigentumsübertragung haben beide Vertragsnatur. Ein bedeutsamer Unterschied zeigt sich aber vor allem in den Fällen, in denen ein gültiger Vertrag zwischen Tradent und Empfänger nicht zustande kommt: Eigentum ist dann nicht übergegangen, dagegen Besitz, allerdings nur in originärer Weise, erworben, sobald der äußere Traditionsakt zu Ende ist und der Empfänger den Erwerbswillen hatte, auch wenn er sich damit in Widerspruch zum Willen des Tradenten setzt und somit ein Konsens nicht zustande kam. Der Vertreter erwirbt hier selbst, wenn er das corpus possessionis mit dem animus possidendi erlangt, der Vertretene, wenn er Mandat oder Genehmigung erteilt hatte und der Vertreter den bloßen Detentionswillen besitzt. Im übrigen ist Wille und Willenserklärung hinsichtlich des Besitzerwerbs ebenso zu behandeln, wie hinsichtlich des Eigentumserwerbs [3].

Nach der ausführlichen Darstellung bei Gajus II 89 ff. [4] erwerben die Personen in potestate ihrem Gewalthaber ohne weiteres [5] Besitz, ebenso mit gewissen Modifikationen die bona fide

[1] Weitere Schwierigkeiten ergeben sich aus der verschiedenartigen Ver-Verwendung des Begriffes procurator. Vgl. ferner Mitteis I S. 204 f., der darauf hinweist, daß die Römer es meist nicht für notwendig hielten, beim Tatbestand eines Rechtsgeschäfts anzugeben, ob die Parteiabsicht auf direkte oder indirekte Vertretung gegangen sei, so daß man öfters nicht wisse, ob die Wirkungen der indirekten Vertretung deswegen statuiert seien, weil diese beabsichtigt oder obwohl sie nicht beabsichtigt gewesen seien.

[2] Daß Eigentum auf den Herrn durch Sklavenerwerb übergehe, ohne daß letzterer Besitzer werde, haben Salkowski (zur Lehre vom Sklavenerwerb 1891 S. 34 ff., 41 ff.) und Wächter (Pandekten II S. 70 b α) gestützt auf l. 46 D. 23, 3; l. 10 D. 39, 5 u. a. behauptet. Es kann sich aber dabei höchstens um eine Singularität des Sklavenrechts handeln, die nicht auf freie Stellvertreter auszudehnen ist. Vgl. Rümelin, Krit. V. Schr. N. F. Bd. 16 S. 352 ff. Litten a. a. O. S. 50 ff. Vgl. ferner Gajus II 90 und dazu Wenger a. a. O. S. 157 A. 1.

[3] Rümelin S. 353.

[4] Vgl. l. 10 D. 41, 1.

[5] Vgl. aber auch l. 24 D. 41, 2. Ueber eine Durchbrechung des Prin-

besessenen fremden Sklaven oder Freien. Dieser Satz beruht auf einem allgemeinen Prinzip des Familienrechts und der Statuslehre, nicht handelt es sich dabei um wahre Stellvertretung[1].

Der Erwerb durch Hauskinder gründet sich auf die väterliche Gewalt[2]; der Sklave erwarb seinem Herrn[3], nur wenn er in dessen Besitz war[4]. Immerhin mußte aber der Hausherr

zips der völligen Vermögenslosigkeit des Sklaven, L. Seuffert, Der Loskauf von Sklaven mit ihrem Geld, 1907. Ueber das attische Recht das in diesem Punkte noch weiter ging, vgl. Wenger a. a. O. S. 167 f.

[1] Vgl. Mitteis, Stellvertretung S. 6. l. 79 D. 29, 2 (Ulpian) Placet, quotiens adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei cuius quis in potestate est, confestim adquiri ei cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius per quem adquiritur et sic adquiri ei cui adquiritur.

[2] Ursprünglich suchte man den Besitzerwerb durch Hauskinder wohl ebenfalls, wie bei den Sklaven auf den Besitz an ihrer Person zu gründen; das ergibt sich noch aus der Darstellung bei Gajus II 89, 90. Dieser Gedanke konnte aufkommen in einer Zeit, wo man in der patria potestas eine Art Eigentum an den ihr unterworfenen Personen sah, vgl. Cuq, Les institutions juridiques des Romains 1 p. 48. Später wurde diese Auffassung überwunden, vgl. Paulus l. 1 § 8 D. 41, 2. Vgl. auch Jhering, Besitzwille S. 113.

[3] Ueber die ähnliche Gestaltung des attischen Rechtes vgl. Wenger a. a. O. S. 166 ff.

[4] Oder er darf nach späterer Auffassung doch zum mindesten nicht in fremdem Besitz sein: l. 1 § 14 D. 41, 2; l. 3 § 12 D. 41, 2; l. 50 § 1 eod. Auch die Juristen der klassischen Zeit empfanden noch das Bedürfnis, den Besitzerwerb durch Sklaven theoretisch zu rechtfertigen, da er zweifellos eine Ausnahme von der Lehre vom Besitzkorpus bildet. Man dehnte den Besitz an der Person des Sklaven aus auf alles, was sich in dessen tatsächlicher Machtsphäre befand und sprach ihm gleichzeitig die Fähigkeit, Besitzer zu sein, ab: vgl. l. 54 § 4 D. 41, 1; l. 49 § 1 D. 41, 2. Dies Prinzip, behandelt z. B. in l. 1 § 5; l. 1 § 22; l. 49 pr. D. 41, 2; l. 54 § 4 D. 41, 1, brachte es mit sich, daß man zweifelte, ob überhaupt municipes besitzen könnten: da sie die Sklaven nicht besäßen, könnten sie auch durch Sklaven keinen Besitz ausüben, dagegen Nerva l. 1 § 22 D. 41, 2. Vgl. Ulpian l. 2 D. 41, 2. Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 160 ff., 384 ff. Auch bezgl. der personae in manu mancipiove bestand Streit, quia ipsas non possidemus: Gajus II 90. Diese theoretische Begründung stellte sich einer vernünftigen Fortentwicklung des Besitzerwerbs durch Personen, die sich nicht im Besitze des dominus befanden, hemmend entgegen und war zudem unrichtig. Denn einerseits versagte man den direkten Erwerb durch Personen, die zweifellos im Besitz des Herrn standen: so

Kenntnis von dem Besitzerwerb des Gewaltunterworfenen haben; das war eine Besonderheit des Besitzerwerbs gegenüber dem Erwerb von Rechten und Forderungen. Von einer solchen Kenntnis sah man nur utilitatis causa ausnahmsweise — singulari iure receptum — ab, wenn sich der Erwerb auf ein peculium [1] bezog: quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus [2]. Ein Besitzerwerbswille des Gewalthabers wird also auch in den Fällen des Erwerbs durch Gewaltunterworfene stets gefordert, mag er sich äußern in bloßer Billigung des Erwerbs, die im Nichtwidersprechen zu dem mit Wissen des Hausherrn vollzogenen Erwerb liegt oder in der Vollmachtserteilung, wie wir heute sagen würden, die in der Einräumung eines peculium enthalten ist.

Auf den Willen des Sklaven [3] dagegen kam nichts an, er hatte nur insofern Einfluß, als er unter Umständen entscheiden konnte, für welchen seiner Herren, wenn er deren mehrere hatte, sich der Erwerb vollziehen sollte [4]. So vor allem Paulus (l. 1

erwarb der Pfandgläubiger nichts durch den ihm verpfändeten Sklaven, obwohl er Besitz an ihm hatte, l. 1 § 15 D. 41, 2; ebensowenig erwirbt man durch einen Freien, wenn man ihn fesselt, d. h. ihn in seine tatsächliche Gewalt bringt: l. 23 § 2 D. 41, 2. Und andererseits erwirbt man unter Umständen Besitz durch Personen, die man nicht besitzt: so durch den servus in fuga, durch personae in manu mancipiove, später durch procuratores, durch einen servus fructuarius l. 1 § 8 D. 41, 2.

[1] Dem peculium entsprach die ἀναφορά des attischen Rechtes. Doch hatten die Sklaven hier eine freiere Stellung und erwarben nicht alles ipso iure ihrem Herrn, sondern besaßen eigene Vermögensfähigkeit. Vgl. Wenger S. 167 f. und dort Zitierte. Noch größer sind übrigens die Unterschiede zum römischen Recht, was die Stellung der Frau und der Kinder betrifft. Das Kind ist selbst erwerbsfähig, sein Erwerb fällt also nicht ohne weiteres in das Vermögen des Vaters bloß auf Grund der väterlichen Gewalt. Der Vater ist wie der Vormund direkter Vertreter des Kindes im Rechtserwerb. Vgl. Wenger a. a. O. S. 169f.

[2] l. 1 § 5, l. 3 § 12, l. 4, l. 44 § 1 D. 41, 2. War ein solches peculium vorhanden, so konnte der Sklave nach ersterer Stelle auch einen willensunfähigen infans und furiosus zum Besitzer machen, also Personen, die nach l. 1 § 3 D. 41, 2 ohne auctoritas tutoris keinen Besitz erwerben können. Vgl. auch Sokolowski a. a. O. S. 159 f., 387 f.

[3] Doch muß der Sklave den intellectus possidendi haben nach l. 1 § 9 D. 41, 2.

[4] Dasselbe Problem findet sich beim servus dotalis und servus fruc-

§ 19 D. 41, 2)[1]: Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem: nam si iubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio[2]. Im übrigen brauchte der Drittkontrahent weder die Sklavenstellung seines Gegners noch den Namen von dessen Herrn zu kennen[3].

Einen Besitzerwerb durch freie Personen gab es ursprünglich ebensowenig, wie überhaupt eine direkte Stellvertretung[4].

tuarius, der zwei verschiedenen Herren gehörige Pekulien hat: l. 19 § 1 D. 15, 1, dazu Schloßmann, Stellvertretung Bd. 1 S. 175 f. Bez. des Haussohns, der neben dem gewöhnlichen peculium noch ein peculium castrense hat: l. 15 § 1 D. 49, 17; l. 18 § 5 eod.

[1] Vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 220, der den § 19 für interpoliert erklärt; gegen ihn Salkowski, Zur Lehre vom Sklavenerwerb S. 46 ff.

[2] Vgl. dazu Sokolowski a. a. O. 158 f., 168, 386 f., der ausführt, daß trotz des in den Quellen vorkommenden Ausdrucks velle an dieser und ähnlichen Stellen der Sklave doch keinen Willen in unserem modernen Sinn, sondern den νοῦς in der antik-philosophischen Bedeutung gehabt habe. Unter animus ist überhaupt nach Sokolowski S. 152 „eine geistige, keine ethische Funktion, nicht das Wollen, sondern das Wissen — scientia intellectus — zu verstehen und ebenso der Mangel des animus possidendi als ein Nichtwissen — ignorantia — zu bezeichnen. „Das Subjekt verfügt über den animus, solange es von einer konkreten Sache Kenntnis hat, er fehlt ihm, sobald ihm jenes Wissen die bestimmte προαίρεσις, mens oder das consilium abhanden kam". Ob Sokolowski das Maß des Einflusses der griechischen Philosophie auf die Vorstellungen der römischen Juristen, wie auch deren Anschauungsweise selbst, richtig dargestellt hat, erscheint zweifelhaft. Vgl. die Besprechung Strohals in der DJZ. 1909 S. 273. Und zwar ist das umso zweifelhafter, als wohl sicher — die moderne Parallele — der Einfluß Kants auf Savigny bezügl. der Lehre vom animus domini weit von ihm überschätzt wird; diese Lehre stammt schon aus der Glossatorenzeit und läßt sich durch alle Schulen verfolgen. Vgl. Bruns C. G., Das Recht des Besitzes 1848 S. 105 f. Strohal a. a. O.

[3] Sokolowski S. 168; Mitteis, Stellvertretung S. 54 A. 66.

[4] Anders nach griechischem Recht, wie vor allem Wenger a. a. O. nachgewiesen hat. Vgl. auch Wenger, Papyrusforschung und Rechtswissenschaft 1903 S. 26 ff. Pfaff, Die Bedeutung der Papyrusforschung für das römische Recht, S.A. aus der Jurist. V. J. Schr. 22. Jahrg. 3./4. Heft S. 28. Eine Ausdehnung der direkten Stellvertretung auf Römer im ägyptischen Provinzialrecht, wie Wenger es will, begegnet starken Zweifeln. Vgl. Mitteis I S. 230 und in der ZRG(R). Bd. 28

Das bestätigt uns Gajus II 95 und Paulus, lib. sent. V 2 § 2 ausdrücklich: per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest[1]. Und doch hat sich gerade eine Art Vorstufe direkter Stellvertretung zuerst beim Besitzerwerb herausgebildet. Und war zunächst für die Person des Prokurators[2], der nach heute wohl allgemein herrschender Ansicht eine ständig angestellte Vertrauensperson war und das ganze Vermögen seines Herrn (procurator omnium bonorum) oder doch einen größeren Komplex desselben zu verwalten hatte. Er wurde ursprünglich meist aus dem Kreise der Freigelassenen genommen oder auch gar gerade zu diesem Zwecke freigelassen[3].

So nahm denn die direkte Stellvertretung im römischen Recht ihren Ursprung und ihre Entwicklung aus dem Sklavenrecht; denn das Verhältnis des Freigelassenen zu seinem Herrn ist doch nur eine Fortsetzung des Abhängigkeitsverhältnisses, wenn auch anderer Art[4]. Als erster berichtet Neratius über

S. 278 ff. Ueber den Grund, warum das römische Recht direkte Stellvertretung ablehnte, vgl. Mitteis, Stellvertretung S. 9 ff., Schloßmann, Stellvertretung II S. 164 ff.

[1] Ueber den Streit, ob die Fassung dieser Regel ursprünglich per extraneam oder per liberam personam gelautet habe vgl. Schloßmann, Besitzerwerb S. 47 ff., Stellvertretung II S. 188 ff.; gegen ihn Pacchioni, contratti a favore di terzi pag. 6 f. und in Grünhuts Z. Bd. 30 S. 227 ff. Vgl. auch Isay, Geschäftsführung S. 330 ff. Den Ausführungen Schloßmanns ist Mitteis, Röm. Privatrecht I 225 Anm. 72 beigetreten.

[2] Diese Entwicklung bedingte eine Erweiterung des Corpusbegriffs. Zunächst hatte man fremde Personen, wie zur Ausübung der eigenen custodia, so auch zum Erwerb neuen Besitzes rein als Gehilfen, als Unterstützung der eigenen Tätigkeit bei Begründung des Besitzkorpus zugelassen: l. 51 D. 41, 2; l. 1 § 21 D. 41, 2. Später kam die Auffassung auf, daß das Besitzkorpus für uns auch durch fremde Handlung hergestellt werden könne. Vgl. Lenel a. a. O. S. 86, Schloßmann, Besitzerwerb S. 158.

[3] Siehe hierüber Mitteis, Röm. Privatrecht I 232 ff., 212. Kniep, Der Besitz des BGB. S. 199 f. Schloßmann a. a. O. S. 82 ff. Lenel, Jherings J. Bd. 36 S. 82 ff. Regelsberger a. a. O. S. 397. Pernice, Labeo I S. 495. Gajus I 19 spricht von einer manumissio procuratoris habendi causa.

[4] Auf die Zugehörigkeit zum häuslichen Machtkreis des Herren weisen hin Mitteis, Röm. Privatrecht Bd. 1 S. 212, Isay, Geschäftsführung S. 329 ff., Ihering, Besitzwille S. 98 ff., der (S. 103) das römische Haus den historischen Ausgangspunkt, den Ursitz und die Heimat des Detentionsverhältnisses nennt.

diese wichtige Neuerung in l. 41 D. 41, 3 [1]. Ein Reskript von Severus und Caracalla (l. 1 C. 7, 32) bezeichnet den Satz als pridem receptum [2]. Gleichzeitig mit dem Prokurator scheint dem Tutor direkter Besitzerwerb für die Unmündigen ermöglicht worden zu sein [3].

Ganz naturgemäß vollzog sich dann die Entwicklung, daß man allmählich auch Spezialbevollmächtigte Besitz für ihren Herrn erwerben ließ. Mitteis hat auf die l. 20 § 2 D. 41, 1 hingewiesen [4], die zu besagen scheint, daß man in severischer Zeit bereits einen Quasiprokurator für einen einzelnen Fall bestellen konnte [5]. Die völlig un-

[1] Vgl. Mitteis a. a. O. S. 212 Anm. 24. Regelsberger a. a. O. S. 397 Anm. 4. Kniep, Vacua possessio I 212 über die Ergänzung der Lücke bei Gajus II, 95 durch die Einschaltung per procuratorem.

[2] Dazu Ulpian l. 11 § 6 D. 13, 7.

[3] So Neratius l. 13 § 1 D. 41, 1. Für den Kurator ist dasselbe nicht sicher, vgl. Mitteis S. 213 Anm. 31.

[4] Mitteis a. a. O. S. 212 Anm. 29.

[5] Diese Vermutung ist umso wahrscheinlicher, als gerade etwa in jener Zeit oder doch nicht lange vorher Papinian die actio institoria auf Spezialmandanten erstreckt hatte (vgl. l. 30 pr. D. 3, 5; l. 19 pr. D. 14, 3; l. 10 § 5 D. 17, 1; l. 13 § 25 D. 19, 1; dazu Mitteis, Röm. Privatrecht I 227; Mitteis, Stellvertretung S. 47, Schloßmann, Stellvertretung I S. 177 Anm. 1, Schloßmann, Kontrahieren mit offener Vollmacht S. 39, Schloßmann, Jherings J. Bd. 28 S. 287 ff., Windscheid II § 482 Anm. 8). Ueber die Abfassungszeit der Responsen Papinians und des Sabinuskommentars Ulpians vgl. Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen [2] S. 77, 112 f. Vielleicht hat Papinian mit der Erweiterung der Haftung des dominus den Anstoß gegeben, auch für seinen Erwerb entsprechend weitere Grenzen zu ziehen. Immerhin ist zu beachten, daß die Römer eine unmittelbare Verpflichtung des dominus rascher anerkannten, als eine direkte Berechtigung. So soll denn auch der Schluß von l. 13 § 25 D. 19, 1 nach Costa, Papiniano IV 172 f., Wenger a. a. O. S. 163 f., Mitteis I S. 228 interpoliert sein. Und ferner beziehen sich wohl die Stellen von der Actio quasi institoria auf den procurator im technischen Sinn, abgesehen von der l. 30 pr. D. 3, 5, die von einem Spezialmandat an einen libertus vel amicus redet. Nach letzterer Stelle könnte ein amicus, der in l. 9 D. 41, 2 dem procurator als Detentionsgehilfe für den Herrn gleichgestellt wird, den dominus negotii auf Grund Mandats direkt verpflichten. Es ist wohl entgegen der herrschenden Lehre die Zulässigkeit direkten Erwerbes durch Spezialmandaten, Prokuratoren im weiteren Sinne früher anzusetzen, mag auch die Formulierung per liberam personam

beschränkte Zulassung des Besitzerwerbs durch freie Personen als Stellvertreter hat sich nach heute herrschender Ansicht als Schluß einer ganz allmählichen Fortentwicklung erst unter Justinian durchgesetzt [1]. Das klassische Recht ließ wohl nur den Besitzerwerb durch Prokuratoren im ursprünglichen, engeren Sinne zu [2]. Die erhaltenen Stellen, die schlechtweg von einem Erwerb durch libera persona sprechen, wären somit als interpoliert zu betrachten [3]. Im Laufe der Zeit hat dann der Begriff des Prokurators seine streng technische Bedeutung verloren [4]; vielleicht gerade, weil man sich in einzelnen Fällen genötigt sah, einen Spezialmandatar als Quasiprokurator zu bezeichnen, gewöhnte man sich an eine allgemeine Ausdehnung des Prokuratorenbegriffs in diesem Sinn. Doch kommt in einer Anzahl Stellen der Prokurator auch im späteren Recht in seiner früheren, engeren Bedeutung vor [5].

Zugleich mit dem Besitz konnte der procurator und dann überhaupt jede libera persona dem Geschäftsherrn durch Tradition Eigentum erwerben [6], andere dingliche Rechte jedoch nicht [7]. Dagegen war eine Stellvertretung bei der Eigentumsübertragung

erst dem justinianischen Recht angehören. Für einen früheren Zeitpunkt z. B. auch Cuq, Les institutions juridiques des Romains II 213, Girard, Manuel [4] 270.

[1] Mitteis a. a. O. 212 Anm. 27, S. 213. Regelsberger S. 399. § 5 J. 2, 9.

[2] Schloßmann a. a. O. Mitteis, S. 212 A. 27.

[3] Kniep, vacua possessio S. 219 ff., der Besitz S. 204. Mitteis a. a. O. S. 212 Anm. 27.

[4] So die Definition des Prokurators von Ulpian in l. 1 D. 3, 3: Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. (§ 1) Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus.

[5] Mitteis a. a. O. S. 236 Anm. 112. Lenel, edictum perpetuum[2] S. 95.

[6] Vgl. l. 8 C. 7, 32; l. 20 § 2 D. 41, 1; l. 13 D. 41, 1.

[7] Darüber daß bei zivilen Servituten die Art der Bestellung eine Mitwirkung dritter Personen, auch der Gewaltunterworfenen ausschloß, vgl. Mitteis I S. 213 Z. 7. Bezgl. der Pfandbestellung vgl. l. 11 § 6 D. 13, 7; l. 3 (2) C. 4, 27. Die l. 21 pr. D. 20, 1 ist wohl interpoliert nach l. 3 C. 4, 27. Vgl. Girard a. a. O. S. 671 N. 1, Mitteis, Stellvertretung S. 42, 75. Auch wenn der procurator eine Sache seines Herrn in dessen Auftrag verpfändet, erwirbt er und nicht der Herr die actio pigneraticia auf Rückgabe des Pfandes: l. 11 § 7 D. 13, 7.

durch mancipatio und in iure cessio sowohl auf der Aktiv-, als auf der Passivseite ausgeschlossen [1]. Das weist uns darauf hin, daß es der formalistische Charakter des alten Zivilrechts war, der sich der Zulassung einer direkten Stellvertretung entgegenstellte, also „äußere Schwierigkeiten, nicht innerer Antagonismus des römischen Rechts" gegen jegliche Stellvertretung [2].

Auch in späterer Zeit ist eine Stellvertretung nur im corpus, dagegen nicht allgemein auch im animus des Besitzerwerbs zugelassen worden [3]. Wohl die einzige Ausnahme, eine wahre Stellvertretung auch hinsichtlich des animus, bilden die Tutoren, Kuratoren und die Organe juristischer Personen. Sie erwarben für ihre Vertretenen auch ohne deren Wissen und Willen direkt Besitz und Eigentum [4]. Zweifelhaft ist, ob der Pekuliarbesitzerwerb Gewaltunterworfener hieher gerechnet werden kann, da in der Einräumung eines Pekuliums nach römischer Auffassung eine Art Generalmandat zu seiner Verwaltung, eine allgemeine Zustimmung im voraus, lag [5].

Im römischen Recht handelt es sich stets bei Besitzerwerb durch Mittelspersonen um Erwerb auf Grund eigenen Willens, aber corpore alieno. Denn auch der Procurator bedarf im einzelnen Fall eines besonderen Auftrags oder nachträglicher Genehmigung seines Auftraggebers [6]. Der Auftrag zum Besitz-

[1] Darüber ausführlich Mitteis a. a. O. S. I 208—211.

[2] Darauf hat zuerst Mitteis, Stellvertretung S. 13 ff., 51 ff. hingewiesen; dagegen Schloßmann, Stellvertretung II 165 ff.

[3] Vgl. Paulus V 2 § 1; l. 3 § 12 D. 41, 2, dazu Puchta, Institutionen [10]II S. 151; Cuq a. a. O. II S. 213; Girard a. a. O. S. 271. Anderer Meinung Karlowa, Rechtsgeschichte II 338, aber ohne überzeugende Gründe.

[4] l. 13 § 1 D. 41, 1; l. 1 § 20 D. 41, 2; l. 11 § 6 D. 13, 6; l. 1 § 22, l. 2 D. 41, 2. Vgl. dazu Girard a. a. O. S. 298.

[5] Vgl. l. 1 § 5 D. 41, 2 l 3 § 12 D 41, 2 und ferner l. 41 § 1 D. 41, 2, in der von dieser Art des Erwerbs gesagt ist, sie sei utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio. Vgl. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II 337; Sokolowski a. a. O. S. 159, 380, 387 f.

[6] Vgl. Lenel, Iherings J. Bd. 36 S. 86. Regelsberger a. a. O. S. 400 ff. Mitteis a. a. O. S. 213. Dernburg I § 180 Anm. 7. Man nimmt überwiegend an, daß auch in den Stellen, in denen nicht ausdrücklich von einem Mandat die Rede ist, ein solches von den be-

erwerb kann wiederum als genereller für einen bestimmten Kreis von Geschäften erteilt werden[1]; er liegt jedoch nicht schon in der bloßen Anstellung als procurator. Ist aber einmal ein solches Mandat erteilt, dann wird dem Mandanten etiam ignoranti erworben[2].

Eine weitere Voraussetzung dafür, daß durch fremde Personen Besitz für einen Vertretenen erworben werden konnte, war im römischen Recht gegeben in der Scheidung von juristischem Besitz und bloßer Detention. Denn nur wer bloßer Detentor und nicht selbst Besitzer war, konnte corpore für einen andern Besitz vermitteln[3]. Daß das unterscheidende Merkmal zwischen Besitz und Detention nicht im Besitzwillen liegt, hat Jhering überzeugend gegen v. Savignys Ansicht nachgewiesen[4]. Das positive Recht ist es gewesen, das, beruhend auf den damaligen sozialen Anschauungen, den Besitz des Pfandgläubigers oder Prekaristen zum juristischen Besitz, den Besitz des Mieters oder Pächters zur bloßen Detention gestempelt hat[5]. Anders wohl aber beim Besitz-

---

treffenden Juristen stillschweigend vorausgesetzt wird, um den scheinbaren Widerspruch der l. 42 § 1 D. 41, 2, l. 13 pr. D. 41, 1 und der l. 49 § 2 D. 41, 2 zu erklären; vgl. l. 34 § 1 D. 41, 2, l. 13 § 1 D. 41, 1, l. 47 D. 41, 3, § 5 J. 2, 9, l. 1 C. 7, 32.

[1] Die Zulässigkeit eines Generalmandats beim Besitzerwerb ist eine berühmte Streitfrage. Vgl. Litten a. a. O. S. 86 ff. Dagegen waren u. a. Savigny, Besitz S. 315, Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 348. Vgl. Windscheid I § 155 A 9.

[2] Die Aufstellungen Schloßmanns, Besitzerwerb S. 130 ff. sind nicht begründet. Zu beachten ist übrigens, daß dem dominus zwar die tatsächliche Herrschaft etiam ignoranti erworben wird, daß der Usukapionsbesitz für ihn aber erst mit dem Moment seiner scientia vom Erwerb beginnt: l. 47 D. 41, 3, l. 49 § 2 D. 41, 2, l. 1 C 7, 32. Das hängt wohl mit dem Erfordernis des guten Glaubens bei der Usukapion zusammen, vgl. Cuq a. a. O. II S. 249 und l. 2 § 11, 13 D. 41, 4.

[3] Vgl. l. 9 D. 41, 2, wo der procurator ausdrücklich als Detentionsgehilfe bezeichnet ist. Lenel a. a. O. S. 84. Den Usukapionsbesitz konnte freilich auch ein juristischer Besitzer einem anderen vermitteln, so der Pfandgläubiger dem Verpfänder: l. 16 D. 41, 3, l. 1 § 15 D. 41, 2.

[4] Vgl. darüber z. B. Regelsberger, Der gerichtliche Besitzschutz 1904 S. 5 ff.

[5] Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 168 ff.: „Die gemeinsame Basis, ja das Wesen der Detention überhaupt, bildet die rechtlich anerkannte causa". Causae mit universellem Charakter sind nach ihm die Hausgewalt, die Prokuratur und die Vormundschaft. Daneben gibt es spezielle

erwerb durch Stellvertreter, jedenfalls zu einer Zeit, wo jede beliebige libera persona Besitzmittler sein konnte. Hier mußte der Wille des Mittlers eine Rolle spielen, mag man ihn als Detentionswillen oder Vertretungswillen aufgefaßt haben. Es kann immerhin sein, daß beim Prokurator im technischen Sinn mit Rücksicht auf sein Abhängigkeitsverhältnis ein solcher Vertretungswille ohne weiteres zugrunde gelegt wurde. Aeußerte der Prokurator aber ausdrücklich den Willen, für sich selbst zu erwerben, so war nach Paulus l. 1 § 20 D. 41, 2[1] ein direkter Erwerb des Vertretenen nicht möglich[2]. Diese Stelle als unhaltbaren theoretischen Konstruktionsversuch kurzerhand beseitigen zu wollen, ist unmöglich[3]. Der Wille des Mittlers muß beachtet werden und es kann nur die Frage sein, wann er beachtet werden muß und wann nicht.

So kommt man denn darauf hinaus zu fragen, was denn überhaupt unter dem animus der Römer, dem sog. Besitzwillen zu verstehen ist[4]. Der bloße innere Wille, ein rein psychischer Vorgang, ist von den römischen Juristen sicher nicht gemeint, wenn sie von animus, voluntas, mens u. s. f. reden, überhaupt auf dem ganzen Gebiet des bürgerlichen Rechtes nicht und so auch nicht im Besitzrecht. Das haben mit Nachdrücklichkeit und in überzeugender Weise Pininski und v. Hollander, für den Besitzerwerb über-

---

causae, Rechtsbeziehungen zwischen den Vertretenen und einem Dritten, die dem Vertreter die „Hände binden, wenn er in sie hineingerät". Das nomen alienum markiere die causa und mache den gewaltfreien Vertreter zum Detentor. S. 179 ff.: In subjektiver Beziehung habe es für die Alten keinen Unterschied zwischen Besitz und Detention gegeben. Er sei lediglich rechtlicher Natur und sei bedingt durch die causa, als einer rechtlichen Schranke.

[1] Vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 220 f., nachdem sowohl in § 19, als § 20 l. c. die auf den Willen bezügl. Stelle interpoliert sein soll.

[2] Vgl. Julian l. 37 § 6 D. 41, 1. Ulpian l. 43 § 1 D. 47, 2.

[3] So Jhering, Der Besitzwille S. 269. Lenel, Jher. Jahrb. Bd. 36 S. 45 f.; gegen diese Auffassung v. Hollander, Ueber den Animus im Recht des Besitzes der Römer, Festgabe f. Fitting 1903, Sonderabzug S. 31 ff. Anders Sokolowski S. 175: „nicht der Wille des Detentors ist maßgebend, sondern die Vorstellung, welche er auf Grund des Kausalverhältnisses von seiner Beziehung zur Sache haben muß, die ihm objektiv aufgedrungen wird".

[4] Daß Sokolowski unter animus nicht den Willen, sondern das Wissen versteht, ist oben S. 13 Anm. 5 bereits berichtet.

haupt dargetan [1]; ganz besonders aber gilt das für den Besitzerwerb durch Mittler. Der animus, der zum Besitzerwerb neben dem corpus verlangt wird, muß also ein nach außen hervortretender, erklärter Wille sein. Gewöhnlich wird der Besitzwille sich in der Herstellung und Ausnützung des Corpus dokumentieren. Stimmt aber die Richtung des animus nicht überein mit dem Schluß, den man aus den äußeren Umständen auf ihn ziehen müßte, so muß diese Abweichung, um beachtet zu werden, nach außen betätigt werden. Soferne Lenel [2] sich gegen die extreme Willenstheorie wendet, die nur auf den tatsächlichen, inneren Willen des Erwerbers abstellt, einerlei ob er in die Erscheinung tritt oder nicht, hat er vollkommen Recht. Nicht folgen kann man ihm aber, wenn er den Willen des Mittlers im Besitzerwerb völlig unbeachtet lassen will. Auch hier ist die berechtigte Reaktion, wie so häufig, über das Ziel hinausgegangen. Wo man es mit liberae personae zu tun hat, die nicht einem Herrn in die Gewalt gegeben sind und nicht mit Sklaven, die nach römischer Vorstellung selber besessen werden, da muß auch der Wille dieser Personen bestimmend sein können. Der Detentions- oder Vertretungswille verkörpert sich in der Causa der Detention, ohne die es eine Detention nicht gibt [3]. Sie aber kann nur in dem Verhältnis des Mittlers zum Herrn gefunden werden, da nur diesem der Mittler Besitz verschaffen will.

Die Kausaltheorie Lenels [4] vermag, wenigstens im modernen, wie schon im gemeinen Recht, das direkte Stellvertretung unbeschränkt zuläßt, den Willen des Mittlers ebenfalls nicht zu eliminieren: er hat es in der Hand, als direkter oder indirekter Vertreter, im fremden oder eigenen Namen, die Kausalbeziehung zu knüpfen, von der dann der direkte oder indirekte Erwerb des Herrn abhängt. Daß dabei, soweit es sich um kleinere, alltägliche Geschäfte, besonders des Barverkehrs, handelt, der blinde Zufall waltet, ist kein Vorzug dieser Lehre: denn der Mittler wird, wenn er keine ausdrückliche Weisung sei-

---

[1] A. a. O. S. 6 ff., Pininski, Sachbesitzerwerb Bd. II S. 148 ff., 367 ff., 539 ff.; Sokolowski a. a. O. S. 399 Anm. 344, S. 197 f. Dagegen Manigk, Willenserklärung S. 613 ff.

[2] Jherings J. Bd. 36 S. 45 ff.

[3] Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 168, 170 ff.

[4] Vgl. a. a. O. S. 57 und oben S. 9 f.

nes Herrn erhält, gerade dieser Seite seines Handelns keinen Wert beilegen, weiß er doch gewöhnlich von den arcana des alieno nomine agere nichts.

Für das römische Recht ergibt sich, was die Quelleninterpretation betrifft, nach Lenels Theorie die große Schwierigkeit, ob im einzelnen Fall der Ausdruck Procurator im alten, technischen Sinn oder im weiteren, der den Spezialbevollmächtigten mit umfaßt, zu verstehen ist [1]. Nur der Procurator im technischen Sinn soll ja dem Herrn direkt Besitz verschaffen können [2]; dabei darf das nicht vergessen werden: die obligatorische Kausalbeziehung vermochte auch im späteren Recht kein tutor und procurator direkt für den Vertretenen herzustellen [3]. Lenel ist daher genötigt, für den Prokurator im alten technischen Sinn eine Ausnahme von seinem Prinzip zu statuieren. Doch wird man schwerlich annehmen können, daß überall, wo in den Quellen ein direkter Erwerb des Dominus durch einen Prokurator aufgeführt ist, jedesmal ein Prokurator im engeren Sinn gemeint sei, zumal schon Neratius den weiteren Begriff verwendet zu haben scheint [4].

So wäre denn die oft wiederholte und von den Redaktoren mit so vieler Mühe immer wieder in den Text der justinianischen Kodifikation gesetzte Phrase von der allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung im Besitzerwerb durch liberae personae von sehr geringer Bedeutung: sie beträfe nur den Erwerb in bereits bestehendem Kausalverhältnis. Die Tätigkeit eines Spezialmandatars, der einen Auftrag des Herrn, ihm das Eigentum einer erst zu kaufenden Sache zu erwerben, ausführt, könnte

[1] Ueber die Zweifel, wie im einzelnen Fall das Wort Prokurator aufzufassen ist, vgl. Mitteis a. a. O. I S. 236 Anm. 112, vgl. auch S. 205.

[2] Wie stimmt aber damit wenigstens für das justinianische Recht die l. 1 § 1 D. 3, 3; l. 1 17 § 3 D. 12, 2; l. 3 § 2 D. 46, 7?

[3] l. 49 § 2 D. 41, 2; l. 9 pr., l. 43 § 1 D. 26, 7; l. 68 D. 3, 3; l. 6 § 3 D. 4, 50. Vgl. z. B. Mitteis, Stellvertretung S. 135. Sokolowski a. a. O. S. 392 Anm. 334. Mitteis a. a. O. I S. 207, 230 f. und in der ZRG(R). Bd. 28 S. 480 f.

[4] Vgl. Mitteis I S. 236 Anm. 112. Es sei auch darauf hingewiesen, daß man schon mit Beginn der Kaiserzeit die Stellvertretung im Prozeß zum Cessionsersatz an beliebige Dritte verwandte und dabei zweifellos den Begriff procurator im weiteren Sinn faßte. Gajus II 39: sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona quasi cognitor aut procurator meus experiri.

also keine direkte Wirkung für den Herrn haben. Und zweifellos liegt doch die Hauptbedeutung der Neuerung gerade darin, daß die freien Stellvertreter in die Lage versetzt wurden, gerade so wie die Tutoren und Prokuratoren auf Grund eigener Kausalbeziehung direkt für den Herrn zu erwerben. Die Quellen reden ja auch meist von einem Mandat zum Kauf und nicht bloß zum Traditionsempfang[1]. Endlich wäre es schwer verständlich, wenn die römischen Juristen einen so fundamentalen Unterschied zwischen der Tätigkeit eines Spezialmandatars und der eines Generalmandatars hinsichtlich der Wirkung für den Erwerb des Vertretenen gemacht und dabei für beide Arten von Vertreter denselben Ausdruck Prokurator unterschiedslos gebraucht hätten. — Tatsächlich hätte sich nach Lenel auch unter Justinian nicht viel geändert; denn daß Tutor und Prokurator im alten Sinn direkten Besitzerwerb des Vertretenen bewirken können, ist ja doch schon eine Regel aus dem ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Sollte wirklich die Entwicklung so wenig weitergeschritten und die ganze Neuerung praktisch ziemlich bedeutungslos gewesen sein?

Darin hat Lenel vollkommen Recht: Die Quellen erwähnen, wenn von direktem Erwerb des Vertretenen die Rede ist, stets das Eingreifen eines Prokurators. Der Grund dafür ist ein naheliegender. Einmal wird in den Quellenstellen unter dem Prokurator auch der Spezialmandatar verstanden, sodann sind natürlich nur die Stellen interpoliert und in ihnen das Wort procurator durch den Ausdruck libera persona ersetzt worden, in denen die allgemeine Regel vom direkten Besitzerwerb durch Dritte ausgesprochen war; in den Spezialfällen wäre eine solche Veränderung nicht angängig gewesen. Auch später bildete der Prokurator das Hauptbeispiel für die direkte Besitzvermittelung, wie ursprünglich die Prokurator die einzige Möglichkeit einer solchen darstellte. Daher hatten auch die Komplikatoren keinen Anlaß, das Wort procurator in den Einzelfällen zu streichen, wie sie es in den Stellen getan hatten, die die allgemeine Regel enthielten.

[1] Vgl. über die heute oft vertretene Anschauung, daß bei Empfangnahme von Waren in bestehendem Kausalverhältnis die Stellung des Mittlers sehr wohl als die eines bloßen Gehilfen im Besitzerwerb aufgefaßt werden könne, vgl. z. B. Mitteis, Stellvertretung S. 135. Sokolowski a. a. O. S. 392 Anm. 334. Mitteis a. a. O. I S. 207, 230 f. und in der ZRG(R). Bd. 28 S. 480 f.

Jedenfalls liefern die von Lenel angeführten Quellenstellen keinen strikten Beweis für seine Ansicht. Die l. 13 § 2 D. 41, 3 und die l. 7 § 2 D. 41, 4 sind Beispiele für Usukapionsfälle, bei denen man an der Zulässigkeit einer Usukapion zweifeln könnte; sie sind nicht gewählt zur Illustration des Besitzerwerbs durch Stellvertreter, sondern zur Beleuchtung der Usukapion. Den Verfassern hat es fern gelegen, sich über unsere Frage dabei äußern zu wollen. Ganz dasselbe gilt von l. 3 § 1 D. 20, 4, die von der Priorität des Pfandrechts handelt, das der Mandant an einer Sache bestellt hatte, ehe sie ihm vom Mandatar zu Besitz übergeben war. Auch aus ihr ergibt sich nur die allbekannte Tatsache, daß beim Auftrag nicht stets sofort dem Geschäftsherrn Besitz erworben wurde, nicht aber, daß das nie der Fall sein könnte. Ebenso steht es mit l. 2 C 7, 10[1]. Die l. 135 § 2 D. 45, 1 scheint gerade zu zeigen, daß ein direkter Erwerb des Mandanten nicht immer im Interesse des Mandatars gelegen war, der sich für seine Auslagen decken und den Besitz nur gegen Bezahlung übertragen wollte. So bleibt schließlich die l. 59 D. 41, 1 von Callistratus, der vielleicht eine Sondermeinung vertrat. Doch kann sehr wohl ein Mandat in der Stelle gemeint sein, das dem Mittler die Art des Erwerbs freistellte, wie das heute ja genau ebenso häufig vorkommt. Die Stelle, so wie sie uns, aus jedem Zusammenhang gerissen, überliefert ist, vermag den andern Stellen gegenüber, insbesondere denen, in welchen ein Spezialprokurator[2] dem Herrn direkt erwirbt, nicht ausschlaggebend zu sein[3]. Ein zwingender Beweis wäre erst dann geliefert, wenn in den Quellen positiv der Satz formuliert wäre, bei bloßem Mandat sei ein direkter Erwerb für den Mandanten durch den Mandatar ausgeschlossen; ein solcher Beweis ist aber

[1] Ueber l. 74 D. 17, 2 vgl. Mitteis, Stellvertretung S. 60; Lenel a. a. O. S. 93.

[2] Vgl. l. 20 § 2 D. 41, 1.

[3] Zur Zeit des Callistratus (vgl. Fitting a. a. O. S. 69 f.) war erst direkter Erwerb durch einen Prokurator anerkannt, den die Stelle nicht erwähnt. Aber auch für das justinianische Recht behält der Satz seine Gültigkeit, denn zweifellos unterschied man damals, wie heute Auftrag zu direktem und indirektem Erwerb. Schon Mitteis, Stellvertretung S. 62 hat gegen Schloßmann betont, daß in diesen Stellen nirgends davon die Rede sei, daß die Mittelsperson als direkter Stellvertreter gehandelt habe.

nicht zu erbringen. Im übrigen sind in unserer Frage die Aussprüche der Quellen nicht alle unter einander vereinbar [1]. Das ist bei einem so komplizierten Problem auch kein Wunder; sollte es den Römern anders gegangen sein, als den heutigen Juristen?

Das römische Recht hat freilich wohl eine völlig abgerundete Lehre, etwa im Sinne der Jheringschen Interessen- oder der Lenelschen Kausal-Theorie nicht ausgebildet. Dazu war die Entwicklung der Lehre vom Besitzerwerb durch freie Mittelspersonen nicht genügend fortgeschritten, ehe der Verfall der Rechtswissenschaft begann. Man behandelte in dieser Hinsicht den Prokurator, den ersten freien Vertreter, ganz ähnlich wie den Sklaven, dem er ja auch in seiner wirtschaftlichen Stellung nahe stand. Das mußte schon beim procurator omnium bonorum Schwierigkeiten machen, denn ein großer Teil des Spezialrechts der Sklaven ließ sich nicht übertragen, weil er zu sehr mit der Unfreiheit des Sklaven und der potestas des Herrn über diesen verknüpft war; vollends aber bei einer libera persona, einem beliebigen Spezialmandatar war eine entsprechende Anwendung der Sätze über den Sklavenerwerb unangebracht.

Immerhin ist es von Wert, sich diesen Ausgangspunkt der Entwicklung vor Augen zu halten. Im folgenden seien einige besonderes Interesse bietenden Punkte, soweit sie sich wenigstens mit einiger Sicherheit aus den römischen Quellen entnehmen lassen, hervorgehoben, ohne daß der Versuch gemacht werden soll, aus den Quellen eine einheitliche, abgeschlossene Theorie, die auf alle Zweifelsfragen unserer Materie eine Antwort zu geben vermöchte, herauszukonstruieren.

Die erste Bedingung direkten Besitzerwerbs für den Herrn war das Bestehen eines gültigen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen ihm und dem Haussohn oder Sklaven: l. 50 pr., l. 23 § 2 D. 41, 2. Genau ebenso mußte der freie Vertreter auf Grund eines gültigen Mandats handeln, wirklicher Prokurator sein oder

[1] Das gilt von der berühmten Antinomie der l. 37 § 6 D. 41, 1 und der l. 13 D. 39, 5. Literatur bei Litten, Der Dissens des Empfängers beim Traditionserwerb durch Stellvertreter 1895 S. 25 ff. Dernburg, Pandekten I § 180 Anm. 15. Windscheid I § 155 Anm. 9. Kniep, Der Besitz S. 214. Wendt, Pandekten S. 301. Sokolowski a. a. O. S. 392 ff. Exner, Tradition S. 163 f. Leonhard, Fahrniserwerb S. 18—25. Ueber die Ansicht der Glosse: Landsberg, Die Glosse des Accursius S. 125.

es mußte doch seine Geschäftsführung ratihabiert werden: vgl. z. B. l. 42 § 1 D. 41, 2; l. 43 § 1 D. 47, 2[1]. Es ist ein Satz von ganz allgemeiner Bedeutung, daß Detention d. h. Besitzvermittlung zugunsten eines anderen, der nicht die tatsächliche Herrschaft innehat, nur insoweit und solange bestehen kann, als ihr ein gültiges Kausalverhältnis zugrunde liegt [2]. Durch den bloßen Willen des Mittlers kann es nicht ersetzt werden [3].

Eine weitere Schranke, die dem freien Willen des Mittlers gezogen sein kann, bildet das zwischen seinem Herrn und dem Tradenten geknüpfte Kausalverhältnis, wenn er den Auftrag erhalten hat, auf Grund desselben seinem Herrn den Besitz zu erwerben. Wird ihm in einem solchen Fall der Besitz ausgehändigt, so kann sein Willensentschluß dem Herrn den Besitz nicht mehr entziehen: l. 13 D. 39, 5. Sollte freilich der Wille des Tradenten dahin gehen, den Mittler zunächst zum Besitzer zu machen, trotzdem die Tradition auf Grund eines den Herrn als Gläubiger aufweisenden Rechtsverhältnisses erfolgt — darauf spielt der Schlußsatz in l. 43 § 1 D. 47, 2 an —, so kann der damit einverstandene Mittler selbst Besitzer werden. Die causa der Tradition bindet also den Mittler nur dann, wenn er einseitig vorgehen will [4]. Ganz ähnlich kann natürlich der Mittler selbst Besitzer werden, obwohl er nicht Kausalgläubiger ist, wenn die Kausalbeziehung zu seinem Herrn darauf abzielt, er also procurator in rem suam ist. Hat der Mittler die Kausalbeziehung selbst hergestellt, so wird er meist auch aus der Tra-

[1] Bezüglich der Einzelheiten und der teilweise recht schwierigen Quelleninterpretation sei auf die Darstellung Lenels a. a. O. S. 96 ff. verwiesen.

[2] l. 21 D. 41, 3; l. 29 D. 13, 7; l. 33 § 5 D 41, 3. Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 170 ff.

[3] l. 44 § 4 D. 41, 3. Sokolowski a. a. O. S. 175 u. Anm. 338, 351.

[4] Dahin wären die durchaus beifallswürdigen Bemerkungen Sokolowskis a. a. O. S. 173 ff. zu modifizieren. Auch hier findet sich die Parallele zum Sklaven. Der servus communis erwirbt dem Herrn der den iussus zum Geschäft erteilt hat, auch wenn der Sklave einem anderen Herrn den Besitz verschaffen wollte; vgl. Salkowski, Sklavenerwerb S. 93. Schließlich mag auch an die l. 1 § 21 D. 41, 2 erinnert sein: si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea. in praesentia sit, videri mihi traditam. Inwieweit in dem im Text aufgeführten Falle die Vorstellung mitwirkte, der Mittler sei bloßer nuntius, ist noch nicht genügend geklärt.

dition selbst erwerben wollen. Es steht ihm aber nichts im Wege, sofort dem Herrn Besitz aus der Tradition zu verschaffen und zwar ist dazu der bloße Spezialmandatar ebenso in der Lage, wie etwa der Prokurator im technischen Sinn. Das ist bereits oben gegen Lenel näher ausgeführt worden.

Diese Schranken, die sich aus den soeben gemachten Andeutungen für die Privatwillkür des Mittlers ergeben, lassen sich am leichtesten theoretisch erklären aus dem Vertragscharakter der Tradition [1]. Die römischen Juristen freilich haben ihre Resultate wohl nicht aus dieser Quelle geschöpft, wennschon auch sie einen gewissen Ausgleich unter den drei beteiligten Willensfaktoren angestrebt zu haben scheinen [2].

Schließlich sei noch eine Frage wenigstens kurz gestreift: mußte der Mittler nach römischer Ansicht den Tradenten erkennen lassen, für wen er den Besitz erwerbe? Wenn er in fremder Kausalbeziehung für den Vertretenen oder in eigener für sich selbst den Besitz zu erlangen strebte, ergab sich die Person des Erwerbers ohne weiteres aus den näheren Umständen des Handelns. Wie aber, wenn er trotz eigener Kausalbeziehung den Herrn direkt zum Besitzer machen wollte? Die Quellen pflegen hier meist davon zu reden, daß die Sache meo etc. nomine dem Mittler tradiert sei: z. B. l. 13 pr. § 1 D. 41, 1; l. 47 D. 41, 3 [3].

Dieser Sprachgebrauch ist kein zweifelsfreier [4]. Eine offene Vertretung etwa im heutigen Sinne, wie Leonhard [5] will, kann damit aber nicht gemeint sein. Man hat sich vielmehr der Ansicht anzuschließen, die einen direkten Erwerb selbst dann zuläßt, wenn der Tradent gar nicht gewußt hat, daß er es mit einem Vertreter zu tun hat [6]. Dafür hat Schloßmann insbesondere

---

[1] Das Verdienst hierauf aufmerksam gemacht zu haben, gebührt Rümelin (Arch. Civ. Prax. Bd. 93 S. 131 ff.). Auch Leonhard, Fahrniserwerb S. 2 ff. schlug ähnliche Bahnen ein.

[2] Eine Prüfung der Quellen auf diesen Gedanken hin findet sich bei Rümelin a. a. O. S. 249 ff.

[3] In l. 42 § 1 D. 41, 2 soll nur der Gegensatz von Mandat und Geschäftsführung erläutert werden, nicht aber ist eine erschöpfende Aufzählung der Erfordernisse des direkten Besitzerwerbs beabsichtigt.

[4] Mitteis I S. 205 A. 3.

[5] a. a. O. S. 17 ff.

[6] Mitteis, Stellvertretung S. 54 A. 66, Exner, Tradition S. 139 Anm. 46, Sokolowski S. 168, Scheurl, Beiträge S. 216.

hinreichenden Beweis erbracht [1]. In keiner Stelle ist auf das Wissen des Tradenten angespielt. Wäre der äußeren Verlautbarung der Vertretungshandlung entscheidender Wert von den Römern beigelegt worden, so hätten sie sich wohl kaum mit dem Ausdruck alieno nomine begnügt. Auch hier hatte man Analogieen im Sklavenrecht: der bona fide serviens erwarb, von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen, für sich selbst. Ob der Sklave seinen Herrn sofort durch den Traditionsempfang zum Besitzer machte, hing davon ab, daß der Herr von dem Erwerb wußte oder dieser sich auf das peculium des Sklaven bezog. Die Kenntnis des Tradenten von diesen Umständen war irrelevant. Auch eine etwaige nominatio domini des servus communis fand nicht im Interesse des Tradenten statt, sondern sollte rein intern dazu dienen, den einen der mehreren Herrn als Eigentümer zu bestimmen [2]. Besonders deutlich zeigt sich bei dem einem servus communis erteilten iussus des einen der Herren, wie wenig man auf den Geschäftsgegner Rücksicht nahm [3].

Suchen wir die uns im römischen Recht gegebenen Anhaltspunkte zusammenzufassen und zu einer einheitlichen Lehre zu erweitern!

Das Kausalgeschäft, auf Grund dessen die Tradition erfolgt, ist so wenig das stets ausschlaggebende Moment, wie der bloße, innere Wille. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Aus der Erlangung der tatsächlichen Macht kann auf den Willen des Erwerbers, ob er sich oder einem andern Besitz erwerben will, nicht geschlossen werden, so wenig wie man dem äußeren Tatbestand ansehen kann, ob es sich um Besitz oder Detention handelt. Nun pflegt aber der Wille, für sich selbst oder für einen andern zu erwerben, meist nicht ausdrücklich vom Mittler geäußert zu werden. Der Normalfall ist, daß der Mittler seine Pflicht erfüllt, die er dem Herrn gegenüber übernommen hat, die Rechtswirkungen bekümmern ihn wenig. Hier muß das Recht nach der objektiven Sachlage, insbesondere der Kausalbeziehung zum Dritten den Interessenkonflikt lösen, mag

[1] Besitzerwerb S. 151, vgl. auch l. 43 § 1 D. 47, 2; l. 9, l. 42 pr. D. 41, 2. A. A. z. B. Jhering, Jahrb. f. Dogmatik 1, 324 ff.

[2] Vgl. Salkowski a. a. O. S. 73 ff.

[3] Gajus III 167 a; § 3 J 3, 28; l. 6 D. 45, 3. Dazu Salkowski a. a. O. S. 88 ff., insbesondere S. 93.

es sich auf den etwa zu vermutenden Willen des Mittlers (Willenstheorie) stützen oder nicht. Auf den Willen zu rekurrieren zwingt uns der Charakter der Tradition als eines Vertrages. Empfängt also der Mittler in fremder Kausalbeziehung auf Grund eines Auftrags seines Herrn, so weisen sowohl das der Tradition zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, als der akzeptierte Auftrag auf den Willen zu Fremderwerb hin. Daher ist ein etwaiger geheimer Unterschlagungswille unbeachtlich, der Geschäftsherr wird Eigentümer [1]. Anders, wenn der letztere dem Mittler das Eigentum zuwenden will und weiter wenn der Tradent den Mittler zum Besitzer machen will: äußert im letzteren Fall der Mittler keinen Widerspruch, so ergibt sich sein Wille aus dieser Abmachung zwanglos.

Auch der Wille des Tradenten ist von Bedeutung, weil eben die Tradition auf einem Vertrag, einem Konsens zwischen ihm und dem Erwerber beruht. Aeußert er keinen ausdrücklichen Willen, so wird man bei ihm einen animus incertus voraussetzen dürfen, da es ihm nur darum zu tun ist, seinen Kausalzweck zu erreichen. Aeußert er einen speziellen Willen, dem der Empfänger nicht widerspricht, so ist der Konsens als in seinem Sinn zustande gekommen anzusehen; andernfalls herrscht Dissens [2].

Ist der Mittler selbst Kausalgläubiger, so wird er im Zweifel für sich selbst erwerben wollen. Handelt er im Auftrag eines andern, so entscheiden die näheren Umstände. Ergibt die objektive Identität von Auftrag und Kauf und ferner insbesondere die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Geschäftes [3] zu dem Kreis der ihm aufgetragenen Verrichtungen seinen Willen, dem Auftraggeber zu erwerben, so geht Besitz direkt über; doch können die Tatumstände auf einen anderen Willen hinweisen. Beim Prokurator [4] liegt der Schluß auf den Fremderwerbswillen besonders

[1] So ist wohl l. 13 D. 39, 5 zu verstehen.

[2] Das Nähere unten. Vgl. auch Sokolowski a. a. O. S. 392 Anm. 334.

[3] Vgl. die zutreffenden Ausführungen Lenels a. a. O. S. 87 ff., die eben nur nicht den beschränkten Anwendungskreis haben, den ihnen dieser Schriftsteller zuweist.

[4] Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 172, der den Prokurator „einen Detentionsgehilfen, ein Werkzeug seines Prinzipals, ein Erwerbsorgan im Interesse der ganzen Gütersphäre oder einzelner Zweige derselben“ nennt. Die causa universalis spreche bei ihm dafür, daß er im konkreten

nahe; daher erwähnen gerade bei ihm die Quellen so oft den direkten Erwerb des Vertretenen[1][2]. Möglich ist ja auch, daß der Geschäftsherr jemandem einen Auftrag zum Erwerb gibt, um dem Beauftragten den betr. Gegenstand zuzuwenden, während er selbst die wirtschaftliche Gegenleistung aus seinem Vermögen dem Dritten erbringen will.

Nur eine Verbindung des richtigen Kerns der Willens- und der Kausaltheorie also kann zum Ziele führen. Der geäußerte Wille des Mittlers ist von maßgebendem Einfluß. Als Aeußerung darf freilich nicht gefordert werden eine ausdrückliche Erklärung des alieno nomine agere dem Vertragskontrahenten gegenüber[3]. Und weiter kann es sich nicht um Feststellung des unerforschlichen inneren Willens handeln; vielmehr ist auf den ausdrücklich ausgesprochenen oder in den Kausalverhältnissen objektivierten Willen ab-

---

Einzelfall den Besitz für den Prinzipal unmittelbar erwerben sollte und daß auch seine προαίρεσις darauf gerichtet gewesen sei. Ein abweichendes consilium müßte offen zu Tage treten und im Streitfall die widersprechende causa bewiesen werden. Auch weist Sokolowski darauf hin, daß die Römer die Stellung des Prokurators oft mit der eines Sklaven verglichen haben, ihn also in gewisser Beziehung auf eine Linie mit dem servus peculiaris stellten.

[1] Die Deckungsfrage dürfte ebenfalls eine große Rolle gespielt haben: vgl. l. 135 § 2 D 45, 1; l. 13 § 2 D 41, 3. Beim gewöhnlichen Spezialmandat, bei dem der Beauftragte nur einen Erstattungsanspruch hat, liegt naturgemäß die Situation anders, als da, wo der Beauftragte das Geld im voraus bekommen oder selbst eine Dispositionsbefugnis über das Vermögen seines Herrn hat, wie unter Umständen ein echter Prokurator (vgl. Mitteis I S. 235).

[2] Wie sehr die römischen Juristen gerade auf das innere Verhältnis des Mittlers zu dem Herrn Gewicht gelegt und von seiner Beschaffenheit den direkten Erwerb des Herrn abhängig gemacht haben, sei noch einmal besonders betont. Diesem Gedanken dienen die Erörterungen bei Gajus II 89 und in den bei Rohde a. a. O. S. 19 angeführten Stellen. Nirgends ist von einer Rücksichtnahme auf den Drittkontrahenten die Rede.

[3] Davon reden die Quellen nicht, vgl. Lenel a. a. O. S. 87 ff. Regelsberger a. a. O. S. 401; vgl. auch Rümelin S. 251. Leonhard a. a. O. S. 8 f., 17 ff. Dem letzteren kann nicht zugegeben werden, daß schon in den römischen Quellen sich das Offenheitsprinzip findet, besonders nicht das Offenheitsprinzip in seiner modernen Ausbildung. Mit dem nomine alieno war wohl meist keine Verlautbarung dem Dritten gegenüber gemeint, vgl. nur z. B. l. 43 § 1 D. 47, 2.

zustellen. Weiter ist der Konsensnatur der Tradition [1] Rechnung zu tragen und auf den ausdrücklichen oder doch in dem Kausalgeschäft und der Interessenlage objektiv hervortretenden Willen des Tradenten Rücksicht zu nehmen [2].

Das rein tatsächliche Haben einer Sache, der äußere Tatbestand, läßt uns nicht erkennen, wie er rechtlich zu qualifizieren ist, ob als Besitz oder Detention. Darüber entscheidet die causa, sie enthält den Willen des Mittlers [3]. Unter der causa ist aber nicht bloß mit der Lenelschen Kausaltheorie die Rechtsbeziehung zum dritten Kontrahenten zu verstehen. In den Fällen der Tradition an einen Prokurator auf Grund eines von seinem Herrn oder von ihm selbst in eigenem Namen geschlossenen Kausalgeschäfts, in denen der Herr direkt Besitz und der Prokurator nur Detention erwirbt, ist es das Verhältnis des Prokurators zu seinem Herrn, das die causa der Detention darstellt. Die Rechtsbeziehung zum Tradenten dient in beiden Fällen nur zur Qualifizierung des Besitzes des Herrn [4]. Sie vermag übrigens nicht, wenn sie bereits vor Eintritt des Mittlers in das Geschäft zwischen dem Herrn und dem Dritten bestand, dem Mittler „die Hände zu binden". Es bleibt ihm und dem Dritten unbenommen, bezüglich derselben Sache eine neue, über den Besitz des Mittlers entscheidende causa zu schaffen. Sofern aber der objektive Sinn des der Tradition zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nicht eine bestimmte Person als Erwerber bezeichnet, entscheidet die Kausalbeziehung des Mittlers zu seinem Herrn. Der Mittler steht eben zwischen zwei Parteien, in zwei Kausalbeziehungen, die beide Berück-

[1] Vgl. § 4 und Teil 2.

[2] Vgl. hiezu die Ausführungen Leonhards a. a. O. S. 21 ff., die ein näheres Eingehen hier ersparen und S. 26, nur daß es sich dort im 2. Fall um einen bloß innern Willen des Erwerbers handeln muß. Anders, wenn der Wille des Mittlers in der Kausalbeziehung zum Geschäftsherrn erklärt ist. Dann liegt nicht ein bloß innerer Wille vor.

[3] Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 173 ff., v. Hollander a. a. O. S. 17, 35 ff., 41.

[4] Daher kann Sokolowski a. a. O. S. 316 nicht ganz beigestimmt werden.

sichtigung erheischen; es ist willkürlich, der einen Kausalbeziehung auf Kosten der anderen den Vorzug zu geben. Welche den Ausschlag gibt, ist im einzelnen Fall auf Grund einer Prüfung des objektiven Sinnes der Traditionserklärungen nach der oben entwickelten Regel festzustellen.

Blicken wir zurück auf die Formen des Besitzerwerbs durch Dritte im römischen Recht, so drängt sich uns die Bemerkung auf, daß in dieser Lehre für das römische Recht eine Neuerung wichtiger Art geschaffen wurde. Durch die Handlungen des einen können Rechtswirkungen unmittelbar im Rechtskreise eines anderen ohne dessen äußerlich erkennbare Beteiligung hervorgerufen werden. Das ist allerdings noch keine richtige Stellvertretung im modernen Sinn, bei der ganz allein die Tat und der Wille des Vertreters unmittelbar für den Vertretenen wirkt und dieser nur in der allgemeinen Form der Vollmacht seine Zustimmung gibt; es ist eine Vorstufe zu der eigentlichen Stellvertretung, ein Schritt hinaus über den Satz, daß jeder willensfähige Freie bloß für sich selbst sorgen kann. Denn das betonen die Quellen stets mit Sorgfalt, die Vertretung findet nur im corpus statt [1]. Den animus des Besitzerwerbs muß der Vertretene selbst haben und selbst äußern, sei es in Form des Mandats oder der Ratihabition. Der animus ist Bestandteil des Geschäftes selbst, nicht bloß ein Konsens zu dem fremden Geschäft des Vertreters. Die Vorstellung der römischen Juristen geht also nicht dahin, daß der Vertreter auf Grund des Mandats in der Lage sei, den zum Besitzerwerb erforderlichen animus an Stelle und mit Wirkung für den Vertretenen zu fassen: das muß der Herr selbst tun, im animus kann er sich nicht vertreten lassen. Was auf der subjektiven Seite vom Vertreter gefordert wird, ist Unterdrückung des Willens auf Erwerb zu eigenem Recht oder, positiv ausgedrückt, der Wille, für den anderen Besitz zu erwerben, sich selbst das tatsächliche Haben zu Rechte des anderen zu verschaffen.

Besitzerwerb durch Dritte ist ein ministerium praestare oder operam dumtaxat suam accomodare, wie die Quellen sich ausdrücken. Will man dieser Mitwirkung des Vertreters auch nicht jede juristische Bedeutung absprechen und sie rein als eine Hilfeleistung auf dem Gebiet des Tatsächlichen qualifizieren, so

[1] l. 3 § 12 D. 41, 2; l. 44 § 1 D. 41, 2.

geht es doch nicht an [1], sie als eine Stellvertretungshandlung im eigentlichen Sinne des Wortes aufzufassen: der Mittler führt für sich selbst durch den Erwerb der Detention eine juristische Wirkung herbei und bleibt mit seiner Person nicht ganz aus dem Spiel, wie es wahre Stellvertretung mit sich bringt [2].

Der freie Mittler ist des weiteren nicht imstande, die Kausalbeziehung, auf Grund deren die Tradition sich vollzieht, direkt auf den Namen des Herrn zu schließen, auch wenn er Mandat dazu hätte; direkt vermag er keine causa für den Besitz seines Herrn zu schaffen. Indirekt freilich muß auch das römische Recht das Kausalgeschäft des Mittlers für den Herrn gelten lassen, wie wenn der Herr selbst Partei des Kausalgeschäfts wäre: der Herr ersitzt pro emtore z. B., wenn schon der Mittler auf eigenen Namen die Sache gekauft hatte [3]. Das Kausalgeschäft des Mittlers muß dazu dienen, den Besitz des Herrn rechtlich zu qualifizieren, zu kausieren.

Für das römische Recht sind diese Bemerkungen über den Charakter des Besitzerwerbs durch Dritte freilich nicht von Bedeutung, da ihm eine wahre Stellvertretung fremd blieb, wohl aber für das gemeine und das heutige Recht: denn hier begann man die allgemeinen Regeln, die man für den „Begriff der Stellvertretung" als solcher gefunden zu haben glaubte, sofort auch auf die Besitzvertretung anzuwenden, die nur eine Unterart des Gattungsinstituts der Stellvertretung bilde; die allgemeinen Erkenntnisse galt es für den Spezialfall „nutzbar" zu machen. Das war ein folgenschwerer Irrtum, denn wahre Stellvertretung gibt es eben im Besitzerwerb nicht.

[1] Dagegen Wendt, Pandekten S. 117.

[2] Vgl. zu diesen Ausführungen namentlich Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 337, 345 f., 351 f., 355.

[3] Vgl. l. 7 § 8 D. 41, 4: quare sicut traditione, ita usucapione rem nostram faciamus interveniente libera persona; ferner l. 11, l. 7 § 2 eod. Aehnlich gilt der vom procurator, tutor oder curator in seiner Person begründete Titel für den von ihm Vertretenen bezüglich der actio Publiciana; vgl. l. 7 § 10 D. 6, 2: si ego non emero, sed servus meus, habebo Publicianam. idem est et si procurator meus vel tutor vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit.

Das geltende Recht[1]).

I. Grundlagen.

§ 3. Der Besitzbegriff des BGB. und seine historische Entwicklung.

Die gemeinrechtliche Jurisprudenz hatte sich in den Fragen des Besitzrechts unter dem Einfluß der Autorität Savignys im großen und ganzen auf den Standpunkt des reinen römischen Rechts gestellt. Savigny war in seinem Recht des Besitzes bemüht gewesen, die Lehren der römischen Juristen in möglichster Reinheit darzustellen und sie von allen Um- und Neubildungen, wie solche besonders durch das Eindringen deutschrecht-

[1] Aus der Literatur vgl. u. a. die in § 2 genannten Schriften von Lenel S. 42 ff.; Regelsberger S. 422 f.; Rümelin S. 259 ff.; Kniep S. 227 ff.; Leonhard S. 57 ff.; Sokolowski S. 248 ff., 292 ff.; Kaemmerer, Rhode Abschnitt XX, ferner Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. 1898, Iherings J. Bd. 38 S. 1 ff.; Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. 1898, Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 645 ff. insbes. S. 665 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht II § 113 ff.; Bendix, Recht 1900, S. 45 ff., 69 ff.; Bekker, Iherings J. Bd. 30, 255 ff., Bd. 34, 1 ff.; Saleilles, de la possession des meubles 1907; Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre, in den Beiträgen zur Auslegung des BGB. von Bernhöft und Binder Bd. I S. 15 ff.; Heinrichs, Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter, Rost. Diss. 1900; Trendelenburg, Der Besitzerwerb durch Stellvertreter, Greifsw. Diss. 1904; Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb Leipzig. Diss. 1901; Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter Iherings J. Bd. 50 S. 323 ff., 1906 (dort genaue Literaturangaben); derselbe, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, Diss. Bonn 1905; Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. ArchCivPr. Bd. 87 S. 40 ff.; Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung

licher Ideen entstanden waren, zu befreien. Ihm waren dann in den Hauptpunkten die Theorie und die überwiegende Praxis gefolgt. Auch der erste Entwurf eines BGB. hatte speziell was den Besitz betrifft, rein romanistisches Gepräge. Er brachte, ganz wie die damals herrschende Pandektenlehre, den Unterschied von Besitz und Inhabung aufgebaut auf dem Merkmal des vorhandenen oder mangelnden Besitzwillens. Letzterer wurde in § 797 definiert als der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben. Man stellte also auf ein völlig vages und wertloses Element ab und verschloß sich dem zweifellosen Bedürfnis nach Aufstellung verschiedener Besitzarten und -stufen mit jeweils verschiedenen Rechtsfolgen. Den Besitzschutz wiederum knüpfte man an die bloße Inhabung und nicht an den Besitz [1]. Auf die lebhaften Angriffe [2] der Germanisten wie der Romanisten hin wurden die Bestimmungen über den Besitz gänzlich umgearbeitet. Die Regelung des Besitzrechts des BGB. bedeutet dem ersten Entwurf gegenüber einen ganz hervorragenden Fortschritt, wenn schon auch jetzt noch

Iher. J. Bd. 48 S. 101 ff.; Wendt, Besitz und Besitzwille 1907; Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes 1897. Weitere Literatur bei Staudinger, Kommentar Bd. 3 S. 11 f., 55. Die Besitzvermittelung wird ferner mitbehandelt bei: Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf 1898 ZHR. Bd. 47 S. 183 ff.; Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Gieß. Diss. 1900; Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften 1900; Seeba, Kann ein in eigenem Namen auftretender Stellvertreter unmittelbar mit der Uebergabe der tradierten Sache an ihn für den Vertreter Besitz und Eigentum erwerben? Greifsw. Diss. 1905; Moeller, Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf Leipzig. Diss. 1906; von der Osten, Der Eigentumsübergang bei Tradition an einen im fremden Interesse, aber eigenen Namen handelnden Beauftragten im gemeinen und bürgerlichen Recht, Greifsw. Diss. 1907; Wilcke, Ueber Eigentumserwerb durch mittelbare Stellvertreter, Greifsw. Diss. 1907; Bührig, Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch Vertretung, Leipz. Diss. 1907, Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels 1879, S. 428 ff.; Weidmann: Das Kommissionsgeschäft 1909, S. 133 ff.

[1] Vgl. § 819 ff., Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 211; daher schief Sokolowski a. a. O. S. 235.

[2] Vgl. Gierke, Der Entwurf eines BGB. 1889 S. 30 und 294 ff. und dort Zitierte; Strohal, Iherings J. Bd. 29, 336 ff., Bd. 31, 66 ff.; neuerdings hat Sokolowski ebenfalls eine kurze Kritik des 1. Entwurfes gegeben: a. a. O. S. 234 ff.

das Besitzproblem nicht einwandfrei gelöst ist. Es ist dem vielspältigen Charakter des Besitzes Rechnung getragen und bei der Zuerkennung der Besitzfolgen auf die verschiedenen Funktionen des Besitzes Rücksicht genommen. Damit ist immerhin die Bahn betreten, auf der fortschreitend man allein ein unseren heutigen Verhältnissen und Anschauungen entsprechendes Besitzrecht wird schaffen können.

Vielfach pflegen die hauptsächlichen Aenderungen des ersten Entwurfs und die nunmehrige Regelung darauf zurückgeführt zu werden, daß man bei Abfassung des BGB. einseitig romanistische Tendenzen bekämpft und bewußt auf deutschrechtliche Gestaltungen und Ideen zurückgegriffen habe [1].

Zweifellos hat unser heutiges Besitzrecht eine doppelte Wurzel. Aufgebaut auf romanistischer Grundlage weist es im einzelnen eine Reihe von Zügen auf, die deutschrechtlichen Ursprungs sind. Der der ganzen Lehre zugrunde liegende Begriff des Besitzes als der realen, tatsächlichen Macht jedoch stammt aus dem römischen Recht [2].

Die deutschrechtliche Gewere [3] stellt ihr gegenüber den weiteren Begriff dar. Sie ist nach Gierkes überzeugender Darstellung nicht ein Verhältnis rein tatsächlicher Macht, sondern jedes „äußere Verhältnis der Person zur Sache, das von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines Herr-

---

[1] Vgl. über den Einfluß des deutschen Rechts z. B. Enneccerus-Wolff, Sachenrecht S. 5 ff.; Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 1 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 209 ff.; Endemann § 27 S. 141.

[2] Daran ist mit Gierke II S. 211 der Darstellung Wolffs a. a. O. S. 6 gegenüber festzuhalten. Vgl. auch Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere S. 156.

[3] Aus der großen Literatur über dieses eigenartige, theoretisch schwer zu fassende Rechtsgebilde vgl. Albrecht, Die Gewere 1828; Heusler, Die Gewere 1872; Sohm, Zur Geschichte der Auflassung; Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen 1869; Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht II 137; derselbe, Deutsches Privatrecht II § 113; derselbe, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 1 ff.; derselbe in Holtzendorffs Enzykl. I § 42 S. 481; Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte § 46; Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht 1894. Weitere Angaben bei Gierke a. a. O. § 113 A. I.

schaftsrechtes an der Sache anerkannt ist“ [1]. Faßt man die Gewere so auf, so ist sie eben eine Art Rechtsverhältnis, plus iuris quam facti; freilich ist diese Anschauung lebhaft bestritten; man wird aber schwerlich zu einem anderen gesicherten Resultate kommen, da die Quellen durchaus keinen präzisen, klaren Sprachgebrauch aufweisen, vielmehr den Ausdruck Gewere in der verschiedensten Bedeutung gebrauchen [2]. Vergleicht man die Gewere mit römischen oder modernen Rechtsbegriffen, so will sie schwer zur römischen possessio passen, da sie ihrem Grundcharakter nach eben ein Rechtsverhältnis ist. Zweifellos kann man ihrem Wesen nur beikommen, wenn man, wie es schon Albrecht getan hat, einen „selbständigen und einheitlichen Gewerebegriff“ des deutschen Rechts aufstellt, der unabhängig ist von den römischen Kategorien der possessio und der iura in re [3].

Nicht zu überzeugen vermögen die Ausführungen derer [4], die in der Gewere genau dasselbe Rechtsgebilde erblicken, als welches unser heutiger Besitz erscheint und die insbesondere in ihr die Bezeichnung der rein tatsächlichen Gewalt nach der Rechtssprache der Quellen sehen wollen. Diese Ansicht wird widerlegt schon durch die Entstehung des Gewerebegriffs: die vestitura war ursprünglich die Bezeichnung für den formellen Akt der Uebergabe eines Grundstücks, in dem der Uebergebende seinen Besitz aufzugeben erklärte und der Erwerber mit der Sachherrschaft bekleidet wurde [5]. Gegen diese Auffassung spricht auch der Unterschied, den das deutsche Recht zwischen der leiblichen (hebbende gewere, saisine de fait) und der ideellen Gewere (saisine de droit) macht. Gerade bei den Grundstücken, bei denen, wie man heute überwiegend annimmt, zuerst sich der Gewerebegriff herausbildete, indem man ihn von der Vornahme

[1] Gierke, Deutsches Privatrecht II § 113 S. 187.

[2] Vgl. auch die sehr scharfe Kritik Sokolowskis a. a. O. S. 229.

[3] So Gierke, Deutsches Privatrecht II § 113 S. 194 Anm. 30; derselbe, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 3 Anm. 2.

[4] Vgl. die Zitate bei Gierke, Deutsches Privatrecht II § 113 S. 189 Anm. 11; demselben, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 2 Anm. 1.

[5] So die herrschende Meinung. Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 187 f.; Brunner, Grundzüge § 46. Bei letzterem siehe aber auch die Betonung der vielen Zweifel über den Ursprung und die Bedeutung der vestitura.

der Bekleidung mit der Sachherrschaft auf den Zustand des Bekleidetseins übertrug [1], stand dem die Gewere zu, der die Nutzung des Grundstückes („in Nutz und Gelde") hatte. Da nun aber die Nutzung eines Grundstücks nach ausdrücklicher Bestimmung der Quellen [2] auch der ausübt, der etwa durch Verpachtung einen Zinsgenuß aus dem Grundstück zieht so stellt sich der Gewerebegriff schon an seinem Ausgangspunkt in einen gewissen Gegensatz zu der rein körperlichen Sachherrschaft. Auch die Bildung der rechten Gewere und die weitgehende Anerkennung von Gewere an unkörperlichen Gegenständen zeugt von der Auffassung der Gewere als eines Rechtsverhältnisses.

Ein weiterer Grund, warum wir unseren heutigen Besitzbegriff in seiner Grundform wenigstens von der römischen possessio und nicht von der deutschen Gewere ableiten müssen, liegt nahe genug. In dem dem Besitzrecht gewidmeten Titel des BGB. haben die Gesetzgeber neben den notdürftigsten allgemeinen Bestimmungen über den Besitz als solchen einzig und ausschließlich die Besitzverteidigung, den Besitzschutz geregelt. Von den vielen verschiedenen Funktionen, denen der Besitz zu dienen berufen ist und die jeweils wieder eine verschiedene tatsächliche Situation voraussetzen, nahm man, wie das in der Natur der Sache zu liegen schien und wohl die meisten Rechte der Vergangenheit und Gegenwart getan haben, den sozialen Zweck, die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustands der Güterverteilung ohne Rücksichtnahme auf die materielle Berechtigung zum Fundament für den Aufbau unseres heutigen Besitzes. Diese allgemeine Befriedung des Bestehenden ist lediglich eine Konsequenz des generellen Verbots jeglicher Eigenmacht, wie sie jeder entwickelte Staat fordern muß. Der Besitzschutz auf seiner defensiven Seite gestattet den widerrechtlichen Angriff in continuo durch Selbsthilfe zurückzuschlagen; der offen-

[1] So Gierke, Deutsches Privatrecht II § 113 S. 187 f.; derselbe in Holtzendorffs Enzykl. I S. 483 § 43; Brunner, Grundzüge § 46.

[2] Schwabenspiegel Landrecht c. 22; Richtsteig Lehnrecht c. 29 § 2; Sächsisches Lehnrecht Art. 14 § 1: svie so it in nut und in gelde hevet und den tins dar ut nimt, — die hevet die gewere dar an. Vgl. Albrecht a. a. O. S. 4 f.; Huber a. a. O. S. 24; Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 192 Anm. 20.

sive Schutz, wie er in den Besitzklagen liegt, bedeutet Erlaubnis und Hilfe zur Rückgängigmachung des geschehenen eigenmächtigen Eingriffs des Störers in die allgemeine Friedensordnung ohne Ansehung der rechtlichen Lage; er ist daher nur zeitlich beschränkt gegeben, solange die Störung der Ordnung noch als solche empfunden wird und nicht der Ablauf der Zeit das Bewußtsein des Friedensbruchs getilgt, die Störung geheilt hat. Eine Störung der äußeren Ordnung, des sozialen Friedens kann aber nur da vorliegen, wo wirklich allgemein erkennbar in die Machtsphäre des Gewalthabers eingegriffen wurde. Ein bloßes Rechtsverhältnis, ein bloß fiktiver Besitz kann zwar verletzt werden, damit ist aber der soziale Frieden nicht gebrochen und folglich auch keine Grundlage für den Besitzschutz gegeben. Unser heutiger mittelbarer Besitz ist wahrer Besitz, wirkliche Macht, aber nur soweit sie durch den unmittelbaren Besitzer und die Herrschaft über ihn vermittelt wird. Eine Störung des unmittelbaren Besitzes ist somit zugleich ein Eingriff in den mittelbaren Besitz; letzterer genießt daher insoweit eine Art Besitzschutz (§ 869 BGB.). Wird dagegen der mittelbare Besitz durch den unmittelbaren Besitzer gestört, indem dieser die besitzvermittelnde Rechtsbeziehung zerstört, so funktioniert nach allgemeiner Ansicht für den mittelbaren Besitzer kein Besitzschutz. Es fehlt an einem sozialen Interesse dafür, ganz abgesehen davon, daß in einem derartigen Besitzprozeß ausschließlich über Fragen des dem Besitz zugrunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisses zu entscheiden wäre.

Dieser Zweck befand sich im Vordergrund des Interesses für die römischen Juristen[1]. Besitz und Interdiktenschutz stehen in nächster Beziehung zu einander[2]. Nahe verwandt mit dieser Gewährleistung der bestehenden Ordnung der Dinge ist die andere Bedeutung des Besitzes, die das römische Recht in ähnlich eingehender Weise ausgebildet und zum Ausgangspunkt[3]

[1] Vgl. Sokolowski a. a. O. Kapitel 1, ferner S. 129, 130 und passim; Pernice ZRG(R). 17, 167 ff.

[2] Vgl. Girard a. a. O. S. 265, 274 f.; Cuq a. a. O. II 216. Dagegen aber Sokolowski a. a. O. S. 183 ff.

[3] Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 128 ff.; Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes 1883 S. 58: „Der Besitz war für das alte römische Zivilrecht vorzugsweise insoweit hervorgetreten und wichtig gewesen, als er zur Usukapion führte."

seiner rechtlichen Deduktionen gemacht hat: die Ersitzung[1]. Auch sie will den tatsächlichen Besitzstand um seiner selbst willen entgegen bestehendem fremden Recht aufrechterhalten, ja darüber hinausgehend zu definitivem Recht machen. Auch hier wird das tatsächliche Haben, allerdings ein durch titulus und bona fides zu qualifizierendes Haben, gewährleistet. Sowohl der Besitz, der durch die Interdikte geschützt wird, als der Besitz, der zur Ersitzung führt, ist dem Grundgedanken dieser Institute nach das nahe räumliche Verhältnis der Person zu einer Sache. Von diesen Ausgangspunkten aus hat sich das römische Besitzrecht entwickelt. Hält man das zusammen mit der „materialistischen Behandlungsweise" des älteren römischen Rechtes überhaupt[2], von der sich die Römer gerade in der Besitzlehre nur schwer und in geringem Umfang freigemacht haben, so ist es leicht verständlich, daß der römische Besitz zunächst ein mehr tatsächlicher Begriff und kein Rechtsverhältnis war.

Diesen Begriff hat das BGB. zugrunde gelegt. Auch seine Verfasser sind ausgegangen von der res facti, wie sie der Besitzschutz voraussetzt. So sagt die Denkschrift zum zweiten Entwurf S. 108: Die Vorschriften über den Besitz beruhen auf dem Gedanken, daß der Besitzschutz dazu bestimmt ist, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren.

Ganz entsprechend dem oben skizzierten Charakter der Gewere hat das germanische Recht zwar dem Inhaber der

---

[1] Die römischen Juristen haben fast durchgehends den Besitz in unmittelbarer Verbindung mit der Usukapionslehre behandelt: so wird in den Digesten der Titel de adquirenda vel amittenda possessione zwischen die Titel de adquirendo rerum dominio (41, 1) und de usurpationibus et usucapionibus (41, 3) gestellt, im Kodex zwischen de usucapione transformanda (7, 31) und de praescriptione longi temporis (7, 33). In den sententiae des Paulus ist die Besitzlehre im Abschnitt über die Usukapion (V 2) behandelt. Vgl. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II 310. Nach Lenel (Sabinussystem S. 13, 87) hat wohl schon Q. Mucius Scaevola Besitz und Usukapion in der von ihm verfaßten ersten systematischen Darstellung des römischen Rechts nebeneinander behandelt; dieselbe Verbindung ist nach Lenel für das Sabinussystem anzunehmen. Vgl. ferner Lenel, Das Edictum perpetuum[2] S. 24 f.

[2] Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts II 2 S. 429 f.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 335.

Gewere ein Selbstverteidigungsrecht zugestanden[1], ist aber nicht zur Ausbildung eigener possessorischer Klagen gelangt: über die Gewere entschied man im Prozeß um das Recht selbst[2].

Diese Erwägungen dürften entscheidend ins Gewicht fallen gegenüber der schon oben zurückgewiesenen Behauptung, unser heutiger Besitzbegriff beruhe auf deutschrechtlicher Grundlage. Besitzschutz und Ersitzung im BGB. sind römischen Rechtes[3]. Beides freilich Institute von verschwindender praktischer Bedeutung. Die Ersitzung ist durch den gutgläubigen Erwerb aus der dominierenden Stellung, die sie im römischen Recht einnahm, verdrängt und fristet ein bescheidenes Dasein. Die Besitzklagen vollends gehören zu den juristischen Raritäten. Man hat mit Recht die Frage aufgeworfen, ob man ihrer heutzutage überhaupt noch bedürfe und nicht besser mit einstweiligen Verfügungen nach § 940 CPO. im Bedürfnisfalle auskäme[4]. Praktisch bedeutsam dürfte allein das Selbsthilferecht des Besitzers nach § 859 BGB. sein.

Die Zwecke, die der Besitz im Rechtsleben zu erfüllen berufen ist, sind mit Ersitzung und Schutz der äußeren Ordnung der Dinge noch lange nicht erschöpfend bezeichnet. Heute nach dem Rechte unseres BGB. ist wohl die wichtigste Bedeutung des Besitzes seine Eigenschaft als Translativelement für den Rechtserwerb an Fahrnis zu dienen. Kein dingliches Recht kann bei uns durch Rechtsgeschäft übertragen werden, wenn nicht zugleich dem Erwerber Besitz oder ein gesetzlich anerkanntes Surrogat desselben verschafft wird. Das Traditionsprinzip ist für die beweglichen Sachen in konsequenter Weise durchgeführt. Auch diese Verwendung des Besitzes stammt

[1] Die Gewere soll nur gebrochen werden mit rechter Klage (Ssp. II 24, 38, 70, R. Heinrici treuga c. 11, Sächs. Lehnr. A. 38 § 4).

[2] Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 14, der u. a. darauf hinweist, daß die possessorischen Interdikte durch Eindringen germanischer Anschauungen schon im kanonischen Recht und der italienischen Doktrin und zwar gerade durch Zulassung und Vermischung mit petitorischen Elementen ihren ursprünglichen rein possessorischen Charakter verloren haben. Vgl. auch a. a. O. S. 46 ff. Vgl. Heymann a. a. O. S. 155 f.

[3] Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht II, 211; derselbe, Fahrnisbesitz S. 4, 9, 14 ff.

[4] Vgl. z. B. Enneccerus-Wolff a. a. O. S. 34, der (in Anm. 3) auf das dänische und englische Recht hinweist, die wie das alte deutsche Recht keine Besitzklagen kennen.

aus dem römischen Recht. Zwar kennt das germanische Recht [1] in ähnlicher Weise, wie eine Reihe anderer älterer Rechte, wohl ebenfalls diese Bedeutung des Besitzes, aber auch hier findet sich in den römischen Quellen eine viel schärfere prinzipielle Erfassung des Gedankens und eine viel strengere, präzisere Formulierung und Durchführung.

Das römische Recht hat freilich das Traditionsprinzip nur auf die Eigentumsübertragung angewendet und auch hier hat es erst größere Bedeutung erlangt, nachdem sich die alten zivilen Eigentumserwerbsformen überlebt hatten. Den alten Eigentumsübertragungsarten, der mancipatio und der in iure cessio, war die Besitzübertragung nicht begriffswesentlich [2]. Daher kam ursprünglich für die res mancipi wenigstens nicht in Betracht, wann und wie der Erwerber den Besitz erlangt habe. Allerdings ist wohl schon bald anerkannt worden, daß die Tradition als solche, ein Gebilde der ius gentium an res nec mancipi quiritisches Eigentum zu übertragen imstande sei [3]. Und auch an res mancipi wurde wohl schon frühe durch Tradition prätorisches Eigentum verschafft [4]. Aber speziell bei den res nec mancipi handelte es sich überwiegend um Sachen von geringerem Wert [5], wie sie bei Bargeschäften

[1] Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht II 207 § 113 IV 3, S. 544 ff., § 133 I, S. 954 ff., § 169 I 1; Brunner, Grundzüge § 48 S. 184 ff. v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts 1901 S. 125 dagegen meint, daß schon in der Urzeit Eigentumserwerb an Fahrnis ohne Besitzerwerb möglich gewesen sei. Ferner wird die Ansicht vertreten, daß schon der bloße Veräußerungsvertrag zum Eigentumserwerb geführt habe, so Sohm, Verlobung und Eheschließung S. 80 ff.; Kohler, Arch Bürg R. Bd. 18 S. 64 hält es für selbstverständlich, daß nach germanischem Recht durch bloßen Verkauf und Preiszahlung Eigentum übergehe. — Das alte englische Recht forderte ursprünglich körperliche Uebergabe, livery of seisin, vgl. Heymann in Holtzendorffs Enzyklopädie I 823. Anders nach griechischem Recht, nach welchem bloßer Kaufvertrag ausreichte, Meier-Schömann, Attischer Prozeß II 715. Aehnlich gestaltete sich die Sache nach den ägyptischen Papyrusurkunden: Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde 54 ff., 68 f., 102 ff.; vgl. auch Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 69 f., 499 ff.

[2] Gajus IV 117 a, 131 a; Paulus l. 5 § 2 D. 44, 4; dazu Girard, Manuel S. 290, 296; Puchta, Institutionen II § 238 zu Note n, o.

[3] Vgl. Girard a. a. O. S. 262, der die Anerkennung dieses Satzes schon in die Zeit vor der lex Aebutia verlegt (S. 292).

[4] Girard a. a. O. S. 292.

[5] Vgl. Cuq a. a. O. I S. 87.

hundertfältig im täglichen Leben veräußert und sofort übergeben werden. Erst als später das Anwendungsgebiet der Tradition sich immer mehr vergrößerte [1] und auf Sachen erstreckte, die nicht von Hand zu Hand gegeben werden können oder doch nicht sofort auf diese Weise ausgehändigt zu werden pflegen, mußte die Jurisprudenz daran gehen, die alte, enge, rein am Tatsächlich-Körperlichen haftende Besitztheorie zu revidieren und eben in Rücksicht auf die Bedeutung des Besitzes als Rechtsübertragungsmittel umzuändern und zu erweitern. Zunächst freilich mag, was den Erwerb des Eigentums durch Vermittlung anderer Personen betrifft, das Sklaven- und das Prokuratorenrecht ausgereicht haben. Des weiteren hat der uralte, schon in die Zwölftafeln aufgenommene Satz, daß Eigentum erst übergeht, wenn der Kaufpreis bezahlt oder sichergestellt ist [2], dazu beigetragen, daß man praktisch den Hauptaugenmerk auf diesen Punkt richtete. Im übrigen hat das römische Recht von diesem Standpunkte ausgehend begonnen, in den Anforderungen an die Besitzbegründung nachzulassen und einen weiter gefaßten Besitzbegriff zugrunde zu legen, wenn es sich um Erwerb aus Tradition handelte, ja unter Umständen (constitutum possessorium, brevi manu traditio) von einer Uebergabe ganz abzusehen[3].

Die italienische Doktrin ist eben für die Besitzbegründung aus Traditionserwerb auf dieser Bahn weitergeschritten, vermutlich unter dem Einfluß deutschrechtlicher Ideen. Auch die deutsche Praxis und Theorie, vor allem der usus modernus, hat die Traditionserfordernisse weiter abgeschwächt und insbesondere die symbolische Tradition ausgebaut [4]. Die schwierige Frage,

[1] Die Manzipation ist freilich für die res mancipi der ordentliche zivile Uebertragungsakt sehr lange geblieben, wohl bis auf die Zeiten Diokletians und Constantins: so Girard a. a. O. S. 289. Das wird aus dem interpolierten Ausdruck per traditionem accipere, den die justinianischen Rechtsquellen an Stelle des früheren mancipio accipere enthalten, geschlossen. Vgl. Gradenwitz ZRG(R). Bd. 6 S. 64 ff.

[2] Vgl. § 41 J. 1, 41; Cuq a. a. O. I S. 87, Girard a. a. O. S. 288, 294; Mitteis, Römisches Privatrecht I S. 183 ff., insbesondere S. 186 f. Anm. 73.

[3] Die in Betracht kommenden Stellen sind zusammengestellt bei Biermann, traditio ficta S. 11—17.

[4] Das Nähere findet sich in dem schönen Werk Biermanns, Traditio ficta 1891; vgl. auch Landsberg, Die Glosse des Accursius 1883.

inwieweit dabei bewußt oder unbewußt germanische Rechtsgedanken, etwa die Auffassung der Gewere als einer mehr rechtlichen, denn faktischen Beziehung von Person zu Sache mitgewirkt haben, ist hier nicht zu erörtern[1]. Die von Savigny ausgehende Reaktion gegen diese Neubildung des Besitzes wurde nur mühsam im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts überwunden. Die Umbildung des Besitzbegriffes als Konstitutivelementes der Rechtsübertragung hat dann einen vorläufigen Abschluß gefunden im BGB. Es ist eine wichtige Frage, mit der unsere Rechtswissenschaft sich in Zukunft zu beschäftigen haben wird, ob nicht eine noch schärfere Trennung in den Tatbeständen des Besitzes je nach dem Bedürfnis der einzelnen Funktionen einzutreten hat. Mancher Mißgriff ließe sich ersparen, wollte man sich entschließen, den theoretisch erkannten Unterschied[2] auch praktisch durchzuführen; freilich steht einer solchen Behandlung die lex lata vielfach hemmend im Weg.

Der Weg der eben angedeuteten Entwickelung ist ein weiter gewesen: im älteren römischen Recht war man nur Besitzer von dem, was sich im Bereich eigener tatsächlicher körperlicher Gewalt befand, was corpore et tactu ergriffen war. Heute übertragen wir Besitz an Gegenständen, die jeder physischen Einwirkungsmöglichkeit durch den Erwerber entzogen sind, an Gegenständen in anderen Weltteilen, die der Fuß des Erstehers vielleicht nie betreten wird, ja an Waren, von denen die Parteien nicht einmal wissen, wo sie sich gerade befanden: die ganze Herrschaftsmacht verkörpert sich in einem Stück Papier.

Daher erklärt es sich auch, daß man sich heute meist scheut, eine Definition von dem Begriff des Besitzes zu geben.

---

[1] Vgl. Biermann a. a. O. S. 262 ff.; Exner, Rechtserwerbung durch Tradition S. 163 ff.; Strohal, Succession in den Besitz 1885 S. 200 ff.

[2] Vgl. z. B. die Ausführungen von Aravantinos, Iherings J. Bd. 48 S. 104 Anm. 4 ff. Kipp bei Windscheid I S. 696 Z. 3; Isay a. a. O. S. 268, siehe auch Strohal, Sukzession S. 36 ff. Einerseits sind wir z. B. genötigt, Leuten Besitz zuzuschreiben, die kein Interesse und kein Bedürfnis nach Besitzschutz haben, bloß weil ihnen den Rechtserwerb abzusprechen unbillig wäre, andererseits wiederum beschweren wir das Besitzelement im Rechtserwerb mit Erfordernissen, die fernab liegen vom Grundgedanken des Traditionsprinzips und nur aufgestellt sind für den Besitz mit Rücksicht auf das Funktionieren des Besitzschutzes.

Der Besitzbegriff läßt sich nicht in eine knappe Formel pressen, besonders, wenn man einen einheitlichen Tatbestand für alle aus dem Besitz sich ergebenden Rechtsfolgen aufstellen will. Und was will es bedeuten, wenn man ihn als tatsächliche Herrschaft charakterisiert. Besitz und tatsächliche Macht sind soziale Begriffe[1]. Man besitzt eine Sache, wenn nach der Auffassung der Rechtsgenossen die Sache in die Herrschaftssphäre der betreffenden Person gehört, so daß eine an dieser Sache vorgenommene rechtswidrige Handlung als Verletzung dieser Machtsphäre und damit zugleich als Störung des sozialen Friedens empfunden wird[2]. Ein räumlich-körperliches Moment wohnt diesem Begriff nicht inne: man besitzt nicht bloß Gegenstände, die man stets in seiner ständigen Umgebung, in Schrank und Haus hat, sondern ebensogut die zur Zeit unzugängliche Weide hoch in den Bergen, die auf dem Meere schwimmende Ware, über die man ein Konossement erhalten hat, wie auch, was ein anderer in seiner unmittelbaren Gewalt, wenn er nur aus irgend einem Rechtsgrund als Besitzhalter uns gegenüber gebunden ist.

Aus sozialen Gründen ist es auch daher zu erklären, warum bestimmte Personenkategorien, obwohl sie die tatsächliche Herrschaft über eine Sache haben, nach geltendem Recht nicht als Besitzer angesehen werden dürfen. Die Angehörigen dieser Kategorien sind in der Ausübung ihrer tatsächlichen Macht dem Willen des wahren Besitzherrn durchaus untergeordnet; sie haben seine Anordnungen zu vollziehen. Der Herr kann jeden Augenblick in ihre tatsächliche Macht eingreifen oder sie ihnen ganz entziehen, ohne daß sie dagegen Einspruch zu erheben berechtigt wären. Die obligatorische Gebundenheit, in der Personen solcher Art gewöhnlich zu dem Besitzherren stehen, genügt nicht, um diesen Zustand zu erklären. Der Grund ist vielmehr ein sozialer, ihre soziale Abhängigkeit[3].

[1] Diese Auffassung des Besitzes dringt immer mehr durch. Vgl. zum Text besonders Kohler in Holtzendorffs Enzyklopädie I, 600; ferner Heymann a. a. O. S. 157 und namentlich der dort zitierte Goldschmidt, Vermischte Schriften S. 163; Aravantinos, a. a. O. S. 108; Endemann, Lehrbuch II § 25 S. 129 ff.; Sokolowski a. a. O. S. 246; Bekker, Recht des Besitzes S. 68 ff.; Salleiles, Etude sur les éléments de la possession S. 697 ff.

[2] Vgl. Kohler a. a. O. S. 600.

[3] Das Nähere siehe unten § 9.

Das Gesetz entzieht diesen Personen mit dem Besitz zugleich den Besitzschutz [1] und die weiteren Rechtsfolgen aus dem Besitz, und räumt ihnen nur als eine Art Notbehelf die Ausübung des Selbsthilferechts des Besitzherrn Dritten gegenüber ein. Es ist aber für den Gesetzgeber kein zwingender Grund vorhanden, in dieser radikalen Weise vorzugehen. Unser BGB. hat es bei der Besitzdienerschaft des § 855, wie bei der Besitzvermittelung des § 868 vernachlässigt, das Innenverhältnis dieser Besitzgehilfen zum Besitzherrn es von dem Verhältnis nach außen zu dritten Personen genügend scharf zu scheiden. Der Besitztatbestand ist in der Person der Besitzdiener jedenfalls gegeben, sie haben die tatsächliche Macht inne. Warum ihnen den Besitzschutz Dritten gegenüber versagen? Sie sind doch gewiß auch dazu berufen, die Friedensordnung sozialen Zusammenlebens aufrecht zu erhalten. Man gewähre ihnen daher Besitz und Besitzschutz [2].

Damit wäre der Vorteil erreicht, daß nur ein einheitlicher Besitz nach außen hin existiert. Nach innen freilich wäre dem Besitzdiener Selbsthilfe und Besitzklagen seinem Prinzipal gegenüber ebenso zu versagen, wie sie im umgekehrten Verhältnis schon heute dem mittelbaren Besitzer, also dem Oberbesitzer entzogen sind dem unmittelbaren Besitzer gegenüber. Die mit dem Besitz verbundene Passivlegitimation nach § 985 wäre damit, daß man sie zu Besitzern macht, allerdings den heutigen Besitzdienern aufgebürdet, wenn man diese Wirkung nicht ausdrücklich gesetzlich ausschließen will. Letzteres dürfte sich indessen kaum empfehlen. Die sozial nieder gestellten Besitzdiener z. B. Dienstbo-

[1] Isay a. a. O. S. 286 steht wohl mit seiner Ansicht allein, daß de lege lata den Besitzdienern die Besitzklagen zukommen.

[2] Freilich bleibt zu bedenken, daß bei Fahrnis die Besitzklagen überhaupt wohl kaum vorkommen und daß praktisch die meisten Besitzdiener kaum sich in einen Prozeß wegen des Besitzes einer ihnen fremden Sache einlassen werden. Allein andererseits kann bei gewissen Arten von Besitzdienern, z. B. Leitern von Geschäftsfilialen, vorkommendenfalls ein gewisses Bedürfnis nicht abgestritten werden. Vgl. zu diesen Fragen Rümelin, Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schmollers J. Bd. 25 Heft 3 und 4, S. A. S. 145 f., der einen ähnlichen Standpunkt vertritt, dagegen z. B. Regelsberger a. a. O. S. 19 ff., Strohal, Iherings J. 29 S. 336 ff., Bd. 31 S. 1 ff. Das schweizerische Recht Art. 919 ff. des Zivilgesetzbuchs kennt keine Besitzdienerschaft; es ist zu hoffen, daß auch die Theorie und Praxis nicht einen derartigen Unterschied künstlich schafft.

ten, Kutscher, Ladenangestellte, wird ohnedies niemand in einem solchen Falle verklagen; übrigens steht ihnen die laudatio auctoris jederzeit offen. Bei den höhergestellten Personen der in Rede stehenden Gattung wiederum, Direktoren von Gesellschaftsunternehmungen, Filialleitern größerer Geschäftsbetriebe z. B., würde für den klagenden Gegner das Risiko insofern vermindert, als für ihn die heute oft schwer zu behebende Unsicherheit nicht bestände, wen er ohne Gefahr der Prozeßabweisung wegen mangelnder Passivlegitimation des Beklagten in Anspruch zu nehmen habe. Andere Besitzwirkungen, als der Besitzschutz dürften freilich dem heutigen Besitzdiener nicht zugeschrieben werden, so wenig wie dem Besitzmittler des § 868. Damit sind wir zu einer wichtigen Frage gelangt, die hier wenigstens kurz berührt werden muß.

Die Detention des römischen Rechtes, das bedeutet eine erhebliche Veränderung, ist als solche abgeschafft. Ihr Erbe ist aufgeteilt unter die Besitzgehilfen des § 855 und die Besitzmittler des § 868. Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, daß der Inhaber des Vollrechts, des Eigentums, als dessen äußere Erscheinung vielfach der Besitz aufgefaßt wird [1], in mannigfacher Weise in die Lage kommt, die tatsächliche Sachherrschaft aus der Hand zu geben und auf Grund eines schwächeren oder stärkeren, obligatorischen oder dinglichen Rechtes einem anderen anzuvertrauen. Sobald ein solcher Fall gegeben ist, tritt ein Konflikt ein. Der Besitz ist in der Hand des Empfängers nicht mehr der äußere Ausdruck der ungeteilten rechtlichen Macht; die tatsächliche Macht, wie sie nach außen hervortritt, ist jedoch dieselbe wie beim Geber. Aus dieser Situation entstehen zwei der allerschwerwiegendsten und schwierigsten Probleme des ganzen Besitzrechts. Es ist die Frage, wie ist die Stellung eines solchen Besitzhalters nach innen zum Geber und nach außen im Verkehr mit Dritten zu beurteilen.

Mit letzterem Problem hat sich vornehmlich das germanische Recht seit je befaßt. Man hat hier von der Legitimationswirkung [2] des Besitzes gesprochen. Der gutgläubige Dritte soll keinen

[1] Ihering, Grund des Besitzschutzes S. 45 ff., 143 ff., insbes. 179 ff.; Strohal, Sukzession S. 71; Girard, Manuel S. 264.

[2] Gierke, Fahrnisbesitz S. 17, Sachenrecht S. 264; Enneccerus-Wolff S. 9; Wellspacher, Publizitätsgedanke und

Schaden leiden; für ihn gilt es, wie wenn die tatsächliche Macht auch wirklich die rechtliche Macht wäre [1]. Enge damit verknüpft ist das sog. Publizitätsprinzip: damit die Legitimationskraft des Besitzes gerechtfertigt erscheine, wird der Rechtswechsel, die Rechtsbegründung an der Sache geknüpft an den Besitzwechsel. Freilich die Fortdauer des Besitzes ist nicht Bedingung der Fortdauer des Rechts [2]. Dem „Vertrauen auf den äußeren Tatbestand", auf den „Rechtsschein" als Prämie einen besonderen Schutz zuzubilligen, kam dem römischen Recht mit seiner individualistischen Tendenz nicht in den Sinn. Diese Gedanken sind germanischen Ursprungs, wennschon die Formulierung des Prinzips, seine Erfassung in der ganzen Tragweite erst relativ modernes Datum trägt [3].

Das zweite Problem ist von den verschiedensten Rechten verschieden gelöst worden. Das römische Recht hat ihm nicht gerecht zu werden vermocht, wennschon auch hier sich deutliche Ansätze zur Ausbildung der richtigen Lösung zeigen. Gibt nämlich der Eigentümer die Sache einem anderen zu Inhabung und Nutzung auf Grund irgend eines Rechtes heraus, so entsteht beim Empfänger, wenn man ihn überhaupt als Besitzer anerkennt, Fremdbesitz. Er gebraucht und nutzt die Sache tatsächlich wohl geradeso, wie es der Eigentümer machen würde; aber er tut es nicht auf Grund und im Bewußtsein, wahrer Inhaber des unumschränkten Vollrechtes zu sein, sondern nur infolge inhaltlich beschränkter Erlaubnis des eigentlich Berechtigten. Sein Besitz ist rechtlich nicht mehr der Ausdruck des Vollrechts, als welcher er normalerweise erscheint. Das bedeutet, daß man einem

---

Fahrnisklagen im Usus Modernus, Grünhuts Z. Bd. 31, 631 ff.; derselbe, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände 1906; H. Meyer, Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht 1909; A. Schultze, Publizität und Gewährschaft Iherings J. 49, 159 ff. Vgl. auch Naendrup Rechtsscheinesforschungen 1910.

[1] Inwieweit diese Darstellung für unser BGB. wenigstens berechtigt ist, wird in der Lehre vom Uebereignungsgeschäft geprüft werden.

[2] Abgesehen vom Pfandrecht § 1253. Zum Text vgl. auch Crome, System 3, 83 f., der ausführt, daß wenn das dingliche Recht gegen alle wirken solle, es auch für alle erkennbar sein müsse. Bestehe die Erkennbarkeit in einem bestimmten Falle nicht, so müsse die absolute Wirkung des Rechts Abbruch erleiden. Vgl. auch Koban, Haben auf eigene Gefahr als Grund des Eigentumserwerbs vom Scheinberechtigten 1909.

[3] H. Meyer S. 1 ff.

solchen Besitzer eben nur die Folgen aus dem rein tatsächlichen Haben, den Besitzschutz, gewähren kann, aber nicht die Wirkungen, die sich aus ihm für einen unabhängigen Eigenbesitzer ergeben, die Vermutung des Eigentums, die Ersitzung[1] usw. Damit ist von selbst die Notwendigkeit einer Teilung der Besitzesfolgen und damit des Besitzes gegeben. Der Fremdbesitzer ist tatsächlicher Herr, aber nicht Subjekt vermuteten Rechts, über ihm steht der Auchbesitzer, Oberbesitzer, dem in erster Linie die Vermutung auf das hinter dem Besitz stehende Recht zugehört. Daneben mag er noch Besitzesschutz genießen, wie nach BGB. § 869 z. B., oder nicht.

Freilich ist zu bedenken, daß das Gesetz auch dem Fremdbesitz als solchem durch ausdrückliche Bestimmungen gewisse Vorteile einräumt. Zwar besteht nicht für jeden Fremdbesitz die Vermutung, daß dem Besitzer gerade das Recht zukommt, auf Grund dessen er seinen Besitz auszuüben vorgibt; denn der Fremdbesitz als solcher ist vieldeutig. Immerhin hat das BGB. für Pfandrecht und Nießbrauch in §§ 1065 und 1227 bestimmt, daß aus dem Fremdbesitz auf das Bestehen des ihm zu Grunde liegenden beschränkten dinglichen Rechtes zu vermuten sei[2], das schließt natürlich die Eigentumsvermutung des mittelbaren Besitzers nicht aus. Im übrigen wird man höchstens sagen können, daß, wenn die Konstituierung des Besitzes als Fremdbesitzes feststeht, vermutet wird, der Besitz beruhe auf demselben Recht, wie bei seiner Begründung. (Vgl. Art. 2231 Code civil.) Des weiteren hat aber das Gesetz anerkannt, daß, wer zu beschränktem Recht besitzt, dies Recht, wenn es nicht besteht, ersitzen kann, so z. B. den Nießbrauch nach § 1033. Doch handelt es sich hier um Ausnahmen, denn schon vom Pfandrecht gilt nicht das Gleiche. Der § 900 BGB. endlich beruht auf anderen Voraussetzungen.

Das römische Recht hat sein Prinzip, daß nur der Eigenbesitzer wahrer Besitzer ist, für einzelne besonders aufgeführte Personengruppen durchbrochen[3] und so dem Pfandgläubiger, Sequester, Prekaristen juristischen Besitz verliehen. Damit war die Möglichkeit eines Fremdbesitzes zugegeben und der Konflikt

[1] Vgl. BGB. §§ 937, 1006 III, schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 728, 931.
[2] Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 33. f.
[3] Girard, Manuel S. 264 ff.; Regelsberger a. a. O. S. 9 f.

geschaffen. Das römische Recht kennt nun aber eine Zweiteilung des Besitzes in der oben geschilderten Art nicht. Es kennt nur juristischen Besitz und Detention: dem juristischen Besitzer, mag er selbst die tatsächliche Gewalt ausüben oder sich dazu eines Detentors bedienen, werden alle Rechtswirkungen des Besitzes zugeschrieben, während an die bloße Detention keine spezifische Besitzwirkung geknüpft ist [1]. Diese beiden Kategorien reichten solange aus, als man den Sachhalter zum Detentor stempelte und dem Verleiher der tatsächlichen Gewalt den eigentlichen Besitz zurückbehielt, wie bei Miete und Pacht. Sobald aber das römische Recht dem Empfänger auf Grund beschränkten Rechts Besitz verlieh und ausdrücklich den Fremdbesitz, das alieno nomine possidere, anerkannte, sobald mußte es sich entschließen, die Rechtswirkungen zu teilen und sie teilweise Personen zuzuschreiben, die eigentlich keine Besitzer waren.

Der Prekarist hat juristischen Besitz [2] und genießt somit Interdiktenschutz gegen alle praeter eum quem rogavit [3]. Streit aber herrschte, ob der precario rogatus ebenfalls Besitzer sei; einen solchen Doppelbesitz des rogans und rogatus nahm Sabinus an [4]. Der praktische Hintergrund der Frage war der, ob für den rogatus während der Besitzzeit des rogans die Besitzfrist läuft, ob etwa eine accessio temporis in Frage komme [5]. Zu einer Uebereinstimmung in der Auffassung scheinen die römischen Juristen nicht gekommen zu sein [6].

Der Pfandgläubiger ist Besitzer [7], nicht dagegen der Verpfänder [8]. Immerhin wird letzterem quoad usucapionem Besitz zugeschrieben [9], damit die Ersitzung durch die Verpfändung

[1] Einen gewissen Besitzschutz genießt natürlich auch der Detentor durch die allgemeine actio injuriarum, wie überhaupt einzelne Ausnahmen von dem im Texte aufgestellten Satz existierten. Zu weit geht Sokolowski a. a. O. S. 183 ff.

[2] l. 4 § 1 D. 43, 26; l. 15 § 4 eodem; Regelsberger a. a. O. S. 10; Savigny, Besitz S. 302 ff.

[3] l. 17 D. 43, 26.

[4] Vgl. Pomponius l. 15 § 4 D. 43, 26; l. 3 § 5 D. 41, 2. Zur letzteren Stelle Savigny, Besitz S. 175, 183 ff., S. 303 ff., Anhang Num. 47 ff.

[5] Vgl. l. 13 § 7 D. 41, 2.

[6] l. 3 § 5 D. 41, 2.

[7] Vgl. dazu die Ausführungen Savignys, Besitz S. 293 ff.

[8] l. 37 D. 13, 7.

[9] l. 16 D. 41, 3; l. 36 D. 41, 2; l 1. § 15 D. 41, 2. Vgl. Savigny,

keine Unterbrechung erleide. Das liegt ja auch im Interesse des besitzenden Pfandgläubigers. Der Usukapionsbesitz des Verpfänders ruht durchaus auf dem Pfandkontrakt, der gültig sein muß [1]. Weiter sind die Römer aber nicht gegangen, und doch lag eine Konsequenz nahe. Der Sklave erwirbt kraft allgemeiner Regel seinem Eigentümer und Herrn den Besitz. Ist er verpfändet, so erwirbt er weder seinem verpfändenden Herrn, der ihn ja nicht mehr besitze, noch auch dem Pfandgläubiger den Besitz [2], obwohl dieser den Besitz an der Person des Sklaven hat. Dies Resultat bedeutet aber doch keine Lösung des Problems; der so geschaffene Zustand ist höchst unbefriedigend. Die römischen Juristen wagten nicht, auf dem Wege der Teilung der Rechtsfolgen aus dem Besitz fortzuschreiten, obwohl sie doch speziell für den angegebenen Fall beim Nießbrauch den richtigen Weg gefunden hatten [3], auch unter Durchbrechung der strengen Besitzregel [4].

Das römische Recht hat daneben wenigstens für die Servituten in dem Institut der iuris quasi possessio ein weiteres Aushilfsmittel geschaffen. Der Prätor erteilte zum Schutz der Ausübung der Servituten die Interdikte. Später bildete sich auch eine Art Ersitzung der Servituten aus, nachdem ursprünglich die lex Scribonia eine solche Art des Erwerbs für ungültig erklärt hatte; doch unterschied sich diese Ersitzung von der Usukapion wie von der longi temporis praescriptio durch ihren Namen, wie ihre Voraussetzungen. Die Theorie sah in der

Besitz S. 293 ff. l. 16 cit.: qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet. Deswegen ist auch die actio ad exhibendum gegen den Pfandgläubiger und nicht gegen den Verpfänder zu richten.

[1] l. 29 D. 13, 7. —Beachtung verdient auch l. 15 § 2 D. 2, 8, nach welcher der Pfandgläubiger, tametsi possessionem habet, doch nicht als ein von der Satisdationspflicht befreiter Besitzer von Immobilien gilt (possessor non est).

[2] l. 1 § 15 D. 41, 2; l. 37 pr. D. 41, 1. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2§ 86 f.; Savigny, Besitz S. 293 ff., 660 ff.

[3] Vgl. l. 1 § 8 D. 41, 2; l. 10 § 3 D. 41, 1. Dazu Bekker, Besitz S. 211.

[4] Pfandrecht und Prekarium mögen als Beispiele hier genügen. Ueber weitere ähnliche Fälle des römischen Rechts vgl. Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse 1864 S. 85 ff.; Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts 1839 S. 366; Sokolowski a. a. O. S. 370 ff. Anm. 269.

Servitutenausübung eine Art Besitz. Es bestanden daher an dem belasteten Gegenstand einmal der Besitz des Eigentümers und dann daneben die iuris quasi possessio des dinglich Berechtigten. Dadurch wurde ebenfalls eine Art Teilung des Besitzes und seiner Rechtsfolgen erreicht. Besonders deutlich ist das beim Nießbraucher, der die Detention der Sache innehat. Seine Stellung läßt sich von der eines wahren Besitzers nur theoretisch unterscheiden, wie er denn auch ursprünglich juristischen Besitz gehabt hat (Dernburg, Pandekten I § 190 Z. 1). Er vermittelt nach klassischem Recht dem Eigentümmer als Detentor den juristischen Besitz und hat selbst den Quasibesitz. Sein Besitz kann jedoch nie zur Ersitzung des Eigentums, sondern nur zu der des Nießbrauchs führen. Sein Besitz ist und bleibt Fremdbesitz, ein von seiner Begründung an inhaltlich beschränkter Besitz. Soweit der Besitz als Ausdruck des Vollrechts gilt, werden die daraus sich ergebenden Folgen und Vorteile dem juristischen Eigenbesitzer und nicht dem Quasipossessor zugeschrieben. Die Scheidung wird durchgeführt selbst beim Erwerb des servus fructuarius: was er ex re des Nießbrauchers oder ex operis suis erwirbt, erwirbt er diesem, der übrige Erwerb fällt ins Eigentum seines Herrn. (l 10 § 3 D 41,2) [1].

Das Hauptbedenken der römischen Juristen gegen eine Teilung des Besitzes war ein rein begrifflich-theoretisches: die possessio plurium in solidum schien ihnen eine logische Unmöglichkeit. Uebrigens war das wohl erst die Auffassungsweise der späteren Jurisprudenz, die unter dem Banne philosophischer Spekulation gestanden haben mag [2]. Besonders Paulus bekämpft die Möglichkeit eines doppelten Besitzes, es sei contra naturam, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris [3]. Aus

[1] Vgl. Windscheid I §§ 151, 163 f.; Dernburg I § 190 f.; Wendt § 111; Savigniy Besitz § 12, 44 ff., C. G. Bruns Besitz S. 77 ff., Randa Besitz § 2, Sokolowski a. a. o. S. 185 f.; Exner, Tradition S. 31 ff., Girard Manuel S. 369 ff., Cornil, Traité de la possession S. 108 ff.

[2] Vgl. darüber die interessanten Ausführungen Sokolowskis a. a. O. S. 128 ff., besonders 131 ff.

[3] l. 3 § 5 D. 41, 2. Aehnlich wie Paulus auch Julian l. 19 pr. D. 43, 26; Celsus filius l. 5 § 15 D. 13, 6; Sokolowski a. a. O. S. 370 ff. Anm. 269; Savigny, Besitz S. 173 ff.

dem Begriff des Besitzes wird auf deduktivem Wege gefolgert, daß eine Teilung der Rechtswirkungen unmöglich sei. Die Gegner [1] gehen induktiv von den einzelnen Besitzbeziehungen und -wirkungen aus und kommen so zu der Möglichkeit der Trennung der Besitzfolgen, also zur Anerkennung eines Doppelbesitzes und somit zu einem anderen Besitzbegriff, den ausdrücklich aufzustellen sie allerdings nicht für erforderlich halten. Ein Beweis, daß der Kampf dieser beiden verschiedenen Methoden, der heutzutage wieder besonders lebhaft entbrannt ist, so alt ist, wie die Wissenschaft vom Rechte überhaupt.

Ganz anders das deutsche Recht. Die Gewere war nicht, wie die römische possessio, ein halb naturphilosophischer Begriff, sondern beruhte mehr auf praktischen Erwägungen und Anschauungen. Schon oben ist die von ihm besonders an Grundstücken anerkannte Möglichkeit doppelter Gewere gestreift: Gewere hat wer das Grundstück nutzt. Ist es um Zins vom Eigentümer hergegeben, so hat sowohl der Eigentümer, als der von ihm beliehene Berechtigte Gewere [2]. Der letztere hat die hebbende, brukende gewere. Der Lehensherr ist Oberbesitzer und hat Gewere neben dem Vasallen [3]; leiht der letztere das Gut weiter, an einen Aftervasallen, so behält er seine Lehensgewere trotzdem zurück [4]. Auch das Institut der ideellen Gewere setzt einen

---

[1] Z. B. Trebatius, Sabinus und Pomponius nachl. 3 § 5 D. 41, 2; l. 15 § 4 D. 43, 26; Pomponius zeigt bereits das Bedürfnis nach begrifflicher, theoretischer Erklärung des Satzes des Sabinus, die freilich nicht als richtig anerkannt werden kann. Auch Ulpian kann hierher gerechnet werden l. 3 pr. D. 43, 17; l. 6 § 1 D. 41, 2. Das Nähere bei Sokolowski a. a. O. S. 370 ff. Anm. 269; Savigny, Besitz S. 173 ff.

[2] Sachsenspiegel I 34 § 2, II 57; Gierke, Sachenrecht S. 192, 218 ff.; v. Amira S. 129; Brunner, Grundzüge S. 176; Huber, Die Bedeutung der Gewere S. 28 ff.; Enneccerus-Wolff a. a. O. S. 6; Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 6 ff. A. A. z. B. Heusler, Institutionen II 25 ff.; Schröder, Lehrbuch S. 686, 716. Vgl. auch C. G. Bruns, Besitz S. 196 ff., 253 ff., 388 ff.

[3] Gierke, Fahrnisbesitz S. 8 Anm. 18, wo die verschiedenen Fälle aufgeführt sind.

[4] Gierke, Sachenrecht S. 198 f. und Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 7 f., wo ganz ähnlich dem heutigen § 871 eine Stufenfolge mittelbaren Besitzes als den germanischen Quellen bekannt nachgewiesen ist.

Doppelbesitz voraus [1]. Schließlich kennt das germanische Recht ebenfalls den Unterschied von Eigenbesitz und Fremdbesitz bereits in seiner Unterscheidung von egenliker gewere und beschränkter Gewere oder unvollständigem Besitz, unter welchem Ausdruck das Allgemeine Landrecht I 7 § 6 und heute wieder das schweizer Recht (Civ.G. § 920) die Fälle des Besitzes auf Grund beschränkten Rechtes zusammenfaßt [2]. Wenn wir heute von Miet-, Pacht-, Pfandbesitz im Sinne des § 868 BGB. reden, so hat das sein Vorbild im früheren Recht, wo man von Leibzuchtsgewere, pfandlicher Gewere, Gewere zu rechter Vormundschaft redete [3].

Inwieweit diese germanischen Rechtsgedanken von Einfluß gewesen sind auf die Abfassung der Bestimmungen unseres BGB., ist nicht genau festzustellen. Der Gedanke eines Doppelbesitzes, des über dem unmittelbaren Fremdbesitz stehenden Eigen- und Oberbesitzes fand sich wohl vor, wennschon er zumeist auf Grundstücke beschränkt gewesen zu sein scheint und jedenfalls keiner Durchbildung zu einem einheitlichen Prinzip teilhaftig wurde. Daß wir auch hier nicht auf völlig gesichertem Boden des deutschen Rechtes stehen, zeigt der Widerspruch zahlreicher angesehener Germanisten [4]. Deswegen läßt sich aber doch nicht bestreiten, daß deutschrechtliche Anschauungen bei Aufstellung des Besitzrechts unseres BGB. mitgewirkt haben. Immerhin ist zu bedenken, daß wenn man einmal einen Fremdbesitz zuließ und den Besitz vom Eigentum trennte, der oben geschilderte Konflikt entstand, der mit einer gewissen Notwendigkeit auf Teilung der Besitzesfolgen und somit auf Anerkennung des Doppelbesitzes hindrängte.

Der Besitz ist also das Verhältnis tatsächlicher Herrschaft einer Person über eine Sache, sein Vorliegen beurteilt sich nach der Verkehrsanschauung, nach den sozialen Verhältnissen. Damit ist aber das Wesen des Besitzes noch nicht erschöpfend gekennzeichnet. Besitz ist nicht immer schon dann vorhanden,

---

[1] Ueber sie Gierke, Sachenrecht S. 193 und die dort in Anm. 30 verzeichnete Literatur.

[2] Gierke, Fahrnisbesitz S. 6 ff., Sachenrecht S. 199 f.

[3] Vgl. Sachsenspiegel I 31 § 2.

[4] Zitate bei Gierke, Sachenrecht S. 192 Anm. 22, S. 194 Anm. 30, S. 195 Anm. 35.

wenn nach der allgemeinen Anschauung der Rechtsgenossen sich eine Sache in der Machtsphäre einer bestimmten Person zu befinden scheint. Zu dem sozialen Element muß noch ein individuelles kommen [1], der Herrschaftswille des Besitzers. Besonders klar tritt das am Besitzschutz wiederum, auf dem sich ja unser Besitzrecht aufbaut, hervor. Der Eingriff in die Machtsphäre des einzelnen ist ein Bruch der allgemeinen Friedensordnung, zu deren Aufrechterhaltung der Staat dem einzelnen gleichsam als Mandatar die Besitzschutzmittel anvertraut [2]. Aber wenn ein solcher Friedensbruch vorliegt, das läßt sich an allgemeinen äußeren Merkmalen gar nicht erkennen [3]. Besitzesstörung, Verübung verbotener Eigenmacht ist nur dann zu konstatieren, wenn dem Besitzer die Ausübung seines Herrschaftswillens beeinträchtigt wird. Obwohl die scheinbare Zugehörigkeit einer Sache zu einer Person unter Umständen durch die Handlung einer fremden Person als aufgehoben erscheint, so kann sich doch ergeben, daß eine Besitzstörung und somit ein Bruch des allgemeinen Friedens nicht vorliegt: wenn nämlich der scheinbare Besitzer nie Besitz gehabt oder ihn aufgegeben hatte oder wenn er, was ja auch äußerlich nicht erkennbar ist, seine Einwilligung zu der Tätigkeit des angeblichen Besitzstörers gab. Der Wille des Besitzers ist wie für die Existenz des Besitzes überhaupt, so insbesondere für Besitzstörung und Besitzesschutz das maßgebende Moment. Die Gestattung auch nur einer vorübergehenden Besitzesstörung bedeutet eine Einschränkung des auf die unumschränkte tatsächliche Gewalt gerichteten Besitzwillens. Ist sie vorhanden, so liegt keine Besitzstörung vor.

[1] So Kohler a. a. O. S. 600, es besteht nach ihm darin, daß man die Zusammengehörigkeit von Person und Sache, die durch die sozialen Verhältnisse gegeben sei, nicht von sich ablehne. Auch Sokolowski a. a. O. S. 322 meint, der Besitz sei nicht ein unmittelbares Verhältnis der Person zur Sache, sondern eine Willensherrschaft, die bedingt ist und begrenzt durch die bürgerliche Ordnung.

[2] So Kohler a. a. O. S. 601; ähnlich die meisten, z. B. Endemann, Lehrbuch II § 25, § 42.

[3] Man muß sich vor der Vorstellung hüten, als ob die Auffassung der Besitzstörung als eines Bruchs der allgemeinen Friedensordnung mehr sei als ein Bild. Je frecher z. B. ein Dieb vorgeht und am hellen Tag die gestohlenen Gegenstände aus dem Hause des Bestohlenen fortschafft, indem er sich vielleicht vor den Leuten den Anschein gibt, mit der Fortschaffung beauftragt zu sein (man denke an die vor einigen Jahren erfolgte Aus-

Der allgemeine Rechtsfrieden ist überhaupt nur dann gestört, wenn ein einzelner Rechtsgenosse in seinem Besitzstand angegriffen ist. Es gibt keinen Bruch des Rechtsfriedens im allgemeinen. Nur in der Person des einzelnen kann die Gesamtheit verletzt, kann ihr befriedetes Zusammenleben gestört werden. Es ist nun und nimmer die Aufgabe des Privatrechts, für die öffentliche Ordnung, Ruhe und Sicherheit zu sorgen. Das ist Verwaltungstätigkeit, Polizeizweck. Das Privatrecht grenzt die Rechts- und Machtsphären der einzelnen unter einander ab und schützt den einzelnen in seiner Rechtstellung, aber freilich auch um der Gesamtheit willen, denn die Gesamtheit ist ja nichts anderes als die Summe der einzelnen. Sie verteidigt ihre Integrität, wenn sie den einzelnen in Schutz nimmt.

Oeffentliches Recht und Privatrecht, öffentlichrechtlicher Schutz und privatrechtlicher dienen beide den Interessen der Gesamtheit. Nur scheiden sich die Wege, auf denen dieser Zweck erreicht werden soll. Die öffentlichrechtliche Sicherungs- und Schutztätigkeit fragt nichts nach Einzelrecht oder Einzelinteresse, weder darnach ob wirklich ein einzelner in seinem Interesse gekränkt noch ob der betreffende Störer innerhalb der Rechtsgrenzen des Privatrechts gehandelt hat[1], für sie entscheidet lediglich die Gefährdung oder Störung des allgemeinen Wohls. Im Gebiete des Privatrechts dagegen greift der Staat nur dann ein, wenn ein einzelner Rechtsgenosse in seinem vom Rechte anerkannten Interesse verletzt oder gefährdet ist und dem Störer kein eigenes Recht, das ihm die Vornahme der Handlung erlaubt, zur Seite steht.

Dieses Gegensatzes muß man sich auch im Besitzrecht stets bewußt bleiben. Der Gedanke des in der Besitzwehr enthaltenen

räumung eines Juweliergeschäfts in einer der belebtesten Straßen Londons, das in der Ferienzeit geschlossen zu sein pflegte. Die Einbrecher machten sich das zunutze, fingierten einen Geschäftsumzug und packten den ganzen Inhalt des Ladens in einen Möbelwagen, mit dem sie ungehindert abzogen), desto weniger wird sich die Allgemeinheit bei der Ausführung der Tat in der Sicherheit ihres Besitzstandes getroffen fühlen und einen Friedensbruch ahnen.

[1] Nach Privatrechtsgrundsätzen kann der Eigentümer mit den ihm gehörenden Gegenständen vornehmen, was er will. Sobald aber sein Tun nach außen hervortritt und die Oeffentlichkeit berührt, legt ihm das öffentliche Recht im Interesse der Allgemeinheit Schranken auf.

Schutzes des sozialen Friedens ist zweifellos ein richtiger und wohlberechtigter. Aber man darf nicht übertreiben. Man [1] ist zu weit gegangen und hat rein aus diesem Gedanken heraus den Besitzschutz entwickelt und begrenzt. Der Individualwille des einzelnen Besitzers ist es, der darüber entscheidet, ob eine Besitzstörung vorliegt oder nicht. Nicht jeder Eingriff in eine fremde Machtsphäre, nicht die Antastung des bestehenden Besitzstandes als solchen ist Besitzstörung, ist Friedensbruch, sondern nur der ohne Willen des Besitzers erfolgte Zugriff. Das zeigt sich sofort in der Frage der Beweislast: wer eine Besitzklage anstellt, hat die Eigenmacht des Beklagten zu beweisen, hat darzutun, daß der Eingriff in seinen Besitzstand ohne seinen, des Besitzers, Willen erfolgte [2].

Der Wille des Besitzers ist für den Besitzschutz entscheidend. Darum kann auch keine Besitzstörung vorliegen, wo gar kein Besitzwille vorhanden ist. Derelinquiert der Eigentümer eine Sache auf seinem Grundstück und nimmt sie nun ein Fremder weg, so ist kein Besitz gebrochen, obwohl die Verkehrsanschauung auf die Zugehörigkeit der Sache zu der Machtsphäre des Grundstückseigentümers hinzuweisen schien. Wo kein Besitzwille ist, da ist auch kein Besitzschutz [3]. Ganz einerlei muß es dabei sein, ob der Besitzwille nicht mehr besteht oder gar nicht gefaßt ist, und ob äußerlich eine Einfügung der Sache in die Machtsphäre einer bestimmten Person vorzuliegen scheint oder nicht.

Damit sind wir in den Mittelpunkt des heute so lebhaften Streites um das Erfordernis des Besitzwillens geführt [4].

[1] Vgl. Aravantinos a. a. O. S. 109, der eben aus dieser Idee heraus folgert, die Rechtsfolgen des Besitzschutzes knüpften sich an die äußeren Verhältnisse ohne Rücksicht darauf, ob zur Bildung dieser Verhältnisse ein auf sie oder die Rechtsfolgen gerichteter Wille beigetragen habe. Auch Endemann, Lehrbuch II § 34 S. 175 f. meint, der äußere Tatbestand werde um seiner selbst willen geschützt. Diese Beispiele ließen sich leicht vermehren.

[2] Vgl. Staudinger, Bem. III 1 d zu § 862 und Bem. V zu § 858, RGE. Bd. 30 S. 110.

[3] Vgl. vor allem Wendt, Besitz und Besitzwille 1907 und dort die genauere Literatur; Enneccerus-Wolff II § 10 II; Endemann, Lehrbuch II S. 177.

[4] Literatur bei Wendt a. a. O. S. 1 ff.; Kaemmerer a. a. O.

Daß der Wille zum Besitz erforderlich ist und ohne ihn kein Besitz anerkannt werden kann [1], hat besonders vor kurzem W e n d t in ausführlicher und überzeugender Weise dargetan; um so eher erübrigt sich an dieser Stelle ein näheres Eingehen auf die Einzelheiten [2]. Die tatsächliche Herrschaft zu erlangen, wie es das Gesetz zur Besitzbegründung fordert, ist nicht möglich ohne einen auf die Herrschaft gerichteten Willen. Wenn das Gesetz den Willen nicht ausdrücklich erwähnt, so hat es ihn damit noch nicht aus dem Besitz verbannt; das wäre gar nicht möglich. Was gegenüber dem gemeinen Recht geändert ist, ist die Scheidung in die beiden besitzkonstituierenden Elemente des corpus und animus. Der Wille muß sich bei der Besitzbegründung äußern in der Herstellung der tatsächlichen Gewalt über die Sache; geschieht das letztere, so besteht eine Vermutung dafür, daß die Herrschaftsbegründung auf dem Willen beruht [3]. Daher ist ein positiver Nachweis vorhandenen Besitzwillens, wie im gemeinen Recht, nicht zu führen. Dem Gegner bleibt es überlassen, den Mangel des Willens zu beweisen und damit die praesumtio facti zu entkräften.

Was den B e s i t z e r w e r b angeht, so fordert man mit Recht gerade hier den Willen. Der Unterschied gegenüber der Theorie der Gegner, die den Willen aus dem Gebiet des Besitzes gänzlich bannen möchten, ist praktisch nicht so sehr erheblich. Er beschränkt sich im wesentlichen auf Sachen, die ohne Wissen der Person in deren Machtbereich gebracht werden, also auf heimlich zugesteckte, aus Versehen mitgenommene oder von anderen

---

S. 19; E n n e c c e r u s - W o l f f § 10 II S. 22 Anm. 1; S o k o l o w s k i a. a. O. S. 243 ff., 431 f.

[1] Abgesehen von ausdrücklich im Gesetz hervorgehobenen Ausnahmen: § 857, 911 z. B.

[2] Es mag daher hier genügen, auf die oben zitierte Schrift zu verweisen. Dort ist insbesondere auch der Beweis aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes widerlegt, daß nämlich durch Streichung des Besitzwillens, wie er im ersten Entwurf enthalten war, auf seine ausdrückliche Nichtanerkennung im BGB. zu schließen sei. Auch der Inhalt der §§ 867 und 1005 ist in besonders einleuchtender Weise zum Beweis benutzt.

[3] Diese Vermutung kann widerlegt werden durch jeden beliebigen Nachweis. Nicht wird man K o h l e r a. a. O. S. 600 folgen können, wenn er meint, bei besonders inniger Beziehung von Person zu Sache könne die soziale Zusammengehörigkeit nur durch Eingreifen in die tatsächliche Lage der Dinge aufgehoben werden.

zurückgelassene, auf unbestellt zugesandte Gegenstände und dergl. mehr, also auf Fälle, die in der Gerichtspraxis wohl keine große Rolle spielen. Wendt[1] hat ganz Recht, wenn er meint, daß es sich hier meist um einen nur vorübergehenden Zustand handle, der als solcher keiner Berücksichtigung wert sei; denn sobald sich bei solchen ohne Wissen des Herrn in seine Machtsphäre gelangten Gegenständen hinterdrein das Wissen einstelle, erfolge entweder wirkliche Besitzergreifung oder Dereliktion, für die Zwischenzeit brauche aber nicht besonders gesorgt zu sein. Solange man von einer Sache nicht weiß, daß sie sich im eigenen Machtbereich befindet, hat man keinen Besitzwillen und besteht kein Bedürfnis nach Besitzschutz[2]. Würde ein solcher Besitz wieder entzogen, ehe man von ihm Kenntnis erlangt hat, so ist das keine Eigenmacht, keine Besitzstörung, sondern höchstens eine persönliche Belästigung, gegen die zu reagieren es andere Mittel und Wege gibt als den Besitzschutz. Und weiter, spräche man schon beim Vorliegen des äußeren Tatbestandes Besitz zu, so würde man den Besitzer mit der Passivlegitimation des Eigentumsanspruchs und den sonstigen Lasten des Besitzes beschweren, ohne daß er davon etwas weiß und ohne daß er die Möglichkeit hätte, nach Erlangung der Kenntnis den innegehabten Besitz etwa nach rückwärts wieder rückgängig zu machen, wenn er ihn nicht haben wollte.

Der Wille, nicht das Wissen ist zum Besitze, wie zum Besitzerwerb zu fordern. Man besitzt eine Sache, wenn man sie besitzen will, auch wenn man in den einzelnen Momenten nicht weiß, wo sie ist; hier genügt, daß die Machtbeziehung vorhanden ist und auf dem Willen beruht, auch solange man sie nicht auszunützen vermag. Ganz ähnlich ist es beim Besitzerwerb: hat man den Willen zur Herrschaft über die Sache, so genügt die Einfügung in die Machtsphäre auch ohne Wissen von

[1] S. 8 a. a. O.

[2] Anders die herrschende Meinung: Kohler a. a. O. S. 600; Staudinger Bem. I 2 a zu § 854; Planck Bem. 2 zu § 854; Dernburg III § 22 Z. 3. Die herrschende Lehre, die den Besitzwillen prinzipiell ablehnt, sieht sich aber doch ganz inkonsequenterweise genötigt, in Einzelfällen auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Besitzwillens abzustellen. So leugnet z. B. Isay a. a. O. S. 353 ff. den Besitzwillen; beim Besitzerwerb durch Stellvertreter nach § 868 soll aber doch wieder der Besitzwille entscheiden.

dem Moment und den Umständen, wann und wie dies geschieht, also auch durch Vermittlung fremder Hände. Darin teilen wir noch heute den Standpunkt des römischen Rechts [1]. Hat also z. B. jemand beim Kaufmann eine Ware bestellt und wird sie ihm dann ins Haus gesandt, so erwirbt er Besitz und Eigentum auch ohne Kenntnis von der Ueberbringung durch bloße Einfügung in seinen Herrschaftsbereich, mag ein Vertreter sie für ihn in Empfang genommen haben oder mag sie einfach in seiner Wohnung niedergelegt sein. Wollte man auch ein Wissen von dem tatsächlichen Erwerb als Erfordernis aufstellen, so käme man zu unbilligen Konsequenzen. Würde z. B. die in der Wohnung vom Boten des Tradenten niedergelegte Sache gestohlen, ehe der Empfänger heimkehrt, so könnte letzterer nochmalige Lieferung vom Tradenten fordern, da dieser seiner Pflicht zur Besitzübergabe noch nicht genügt hätte. Und auch der Empfänger könnte empfindlichen Schaden erleiden, wenn etwa über das Vermögen des Tradenten zwischen Ablieferung der Ware und Kenntnisnahme des Empfängers davon Konkurs ausbräche und so der Eigentumserwerb des letzteren vereitelt würde.

Hat der Empfänger der Waren dagegen nicht in solcher Weise einen Erwerbswillen, werden insbesondere Waren ihm unbestellt zugesandt [2], so wird der Besitz für ihn erworben, wenn sie einem zur Empfangnahme allgemein bevollmächtigten Vertreter ausgehändigt werden, andernfalls erst, wenn der Empfänger nach Kenntnisnahme von der Uebersendung den Besitzwillen faßt oder die etwaige Geschäftsführung eines Mittlers genehmigt [3].

Daß der Willen und nicht das Wissen in dem eben dargelegten Sinne entscheidet, ist Grundbedingung, ohne die eine Besitzvermittelung nicht stattzufinden vermöchte: hat der Geschäftsherr den Erwerbswillen und steht der Mittler zu ihm in einem von dem Gesetze aufgestellten Verhältnis, so wird der vom Mittler hergestellte Besitztatbestand dem Herrn zugerechnet, auch ohne daß letzterer nähere Kenntnis von den tatsächlichen Vorgängen gehabt hat.

[1] Vgl. oben § 2 und Wendt a. a. O. S. 4 ff.

[2] Vgl. Wendt a. a. O. S. 16 f.

[3] Ueber die Aufstellung von Briefkasten und anderen Einrichtungen zur Empfangnahme von Gegenständen vgl. die Ausführungen Wendts a. a. O. S. 14 ff., 16 ff.; Enneccerus-Wolff II § 10 II 1; Endemann II § 34 S. 177 Anm. 9, § 35 S. 186 f.

Den Besitzwillen als solchen kurz zu charakterisieren, bleibt uns nun noch übrig. Besitz ist tatsächliche Herrschaft, Besitzwille der Wille diese Herrschaft innezuhaben und auszuüben. Sowohl was Besitz, als was Besitzwillen angeht, ist von jeder Rücksichtnahme auf etwa dahinterstehendes Recht abzusehen, will man nicht zu einer Identifizierung von Besitz und Eigentum gelangen. Der Besitz in seinem Normalfall ist auch heute noch äußerer Ausdruck, äußerer Tatbestand des dinglichen Vollrechts. Insofern ist auch der Eigenbesitz[1] des § 872 der Grundtypus des Besitzes[2]. Neben ihm existiert nur noch die einzige andere Besitzform, der sog. Fremd- oder Lehnbesitz als unvollständiger Besitz. Nicht darf man sich der Auffassung hingeben, als existierte Besitz schlechthin, von dem der Eigen- und Fremdbesitz nur zwei besondere, den ganzen Umkreis der Besitzfälle nicht erschöpfende Arten wären: Besitz, der nicht entweder Eigenbesitz oder Fremdbesitz ist, gibt es nicht[3]. Daran müssen wir festhalten, solange die lex lata für alle Besitzfolgen einen einheitlichen Tatbestand zugrunde legt.

Das Problem des Eigenbesitzes ist gar nichts so Verwickeltes und Geheimnisvolles, wie es gewöhnlich dargestellt wird. Wir haben oben gesehen, daß nicht bloß das Vollrecht des Eigentums, sondern auch beschränkte dingliche und sogar obligatorische Rechte eine unmittelbare Herrschaft über die Sache zum Zweck und Inhalt haben und daß diese sich im Besitze nach außen dokumentieren. Sobald der Besitz ein inhaltlich beschränktes Recht darstellt, ist ganz entsprechend auch der Besitz ein inhaltlich beschränkter, d. h. es tritt eine Scheidung in der Zuweisung der Besitzfolgen ein. Wer eine Sache in solcher Weise als eine fremde besitzt, will nicht Eigentümer sein, noch strebt er das Eigentum an. Daher ersitzt er nicht und wird im Prozeß als Eigentümer nicht vermutet[4]. Diese Folgen aus dem Besitz werden dem Ober-

[1] Ueber den Eigenbesitz vgl. Manigk, Anwendungsgebiet S. 108 ff., 127 ff., und Willenserklärung S. 541 ff., sowie Arch. Bürg. R. Bd. 25 S. 316 ff; Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes 1905; Kreß, Besitz und Recht S. 241 ff.; Dernburg III § 12; Endemann II § 30; Enneccerus-Wolff II § 7 S. 14 f.; Cosack § 202 I 2; Crome III § 344, RGE. Bd. 54 S. 135.

[2] So Wendt a. a. O. S. 29; Dernburg III § 12.

[3] So auch Wendt a. a. O. S. 28.

[4] Das schließt natürlich nicht aus, daß das inhaltlich beschränkte Recht, wenn es ein dingliches ist und das Gesetz eine ausdrücklich dahin-

herrn, dem Vollberechtigten zugeschrieben, und so tritt eine Teilung der Besitzfolgen und eine Verdoppelung des Besitzes ein.

Für den Besitzschutz freilich, den das Gesetz in dem Abschnitt über den Besitz allein im Auge hat, besteht kein Unterschied zwischen Eigen- und Fremdbesitz. Daher erwähnt das BGB. dort den Eigenbesitz auch nur anhangsweise. Seine Bedeutung wird in zerstreuten Paragraphen außerhalb des Besitztitels umschrieben: wie z. B. in §§ 927, 937, 945, 955, 958, 920, 836, 1127. Diese Folgen jedem Besitzer, also auch dem Fremdbesitzer zuzuschreiben, ging nicht an. Um einen knappen Ausdruck zu haben, stellte das Gesetz in § 872 den Begriff des Eigenbesitzes auf, im Gegensatz zu dem unmittelbar vorher behandelten Fremdbesitz, und war so der Mühe überhoben, bei den einzelnen Besitzesfolgen, wie Ersitzung, Aneignung u. s. f., jedesmal den Besitztatbestand genauer abgrenzen zu müssen.

Eigenbesitzer ist nach dem Wortlaut des § 872, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. Der Eigenbesitzer erkennt über sich keinen Oberbesitz, kein Oberrecht an, das ihn im Genuß der Sache beschränkte; er will jede Beschränkung [1] im Genuß der Sache durch andere ausschließen. Damit ist nur der Charakter des Besitzes als solchen näher beschrieben, es sollte aber kein neues Erfordernis aufgestellt werden, das nun etwa mit dem Tatbestand des Besitzes zusammen ein neues Genus bildete. Rein negativ will die ausdrückliche Erwähnung des Eigenbesitzes im Tatbestand der Ersitzung, Aneignung u. s. f. bestimmen, daß die Fremdbesitzer jeglicher Art von den dort jeweils aufgeführten Rechtsfolgen ausgeschlossen sein sollen. Nicht überall ist übrigens die Rechtsfolge an den Eigenbesitz geknüpft, so z. B. gerade nicht im praktisch wichtigsten Fall der Eigentumsvermutung nach § 1006. Sie kommt zweifellos nicht dem Fremdbesitzer als solchem zu. Und doch sagt das Gesetz nur: im Falle des mittelbaren Besitzes gilt die Vermutung für den mittelbaren Besitzer. Bei mehrfachem mittelbarem Besitz kommt natürlich nur der letzte Oberbesitzer in Betracht. Gerade hier, wo das Gesetz dasselbe Ziel mit anderen Ausdrucksmitteln erreicht,

---

gehende Bestimmung getroffen hat, ersessen werden kann: so z. B. der Nießbrauch nach § 1033 BGB.

[1] Soweit sie nicht auf seinem eigenen Willen beruht, wie z. B. dann, wenn er den unmittelbaren Besitz durch eigene Entschließung hergibt.

zeigt sich, daß dem § 872 nur terminologische Bedeutung innewohnt.

Wäre wirklich der Eigenbesitz eine besondere Art des Besitzes und der Eigenbesitzwille ein besonderer Besitzwille, so müßte, wer sich auf ihn beruft, ihn auch beweisen. Das würde zu unbrauchbaren Resultaten führen. Nach der hier vertretenen Anschauung besteht eine Vermutung, daß die tatsächliche Gewalt der normale Besitz, also Eigenbesitz ist [1]; es bleibt dem Gegner überlassen, den positiven Nachweis zu führen, daß der Beweis ein Fremdbesitz ist, also beschränkt ist durch eines der in § 868 genannten Rechtsverhältnisse.

Die bisherigen Ausführungen ergeben von selbst, daß man den Eigenbesitz als solchen nicht aus dem Begriff des Besitzes als besonderes Genus ausscheiden darf [2]. Die Ursache an dieser verbreiteten Meinung ist einmal, daß man im § 872 schlechtweg den animus domini erkennen will, vor allem aber, daß man das Willenselement im Besitz nicht scharf genug erkannt hat.

Auch der Fremdbesitzer hat Besitzwillen; aber wie sein Besitz auf einem beschränkten Recht beruht und daher inhaltlich beschränkt ist, so stellt sich auch sein Wille dar. Er will die Sache, die er besitzt, gebrauchen, soweit es ihm das Recht zum Besitz, das ihn bindet, erlaubt. Und zwar will er gewöhnlich für sich, nicht für den Oberbesitzer besitzen, im eigenen Interesse zu eigenem Nutzen. Allerdings kann dem Interesse, das der Fremdbesitzer am Besitze hat, kein ausschlaggebendes Gewicht beigelegt werden, da dies Interesse unter Umständen, z. B. beim Verwahrungsbesitz, fehlt. Aber auch wenn der Fremdbesitzer eigenes Interesse am Besitz hat, so liegt darin doch nicht, daß er die Sache als ihm gehörend besitzen, daß er ihr Eigentümer sein oder werden will. Daran hindert ihn das Kausalverhältnis zum Oberbesitzer. Solange das Kausalverhältnis, die

[1] Vgl. auch Dernburg III § 12; Manigk, Anwendungsgebiet S. 111, dessen Begründung wohl nicht einwandfrei ist. Die Vermutung für Eigenbesitz findet sich ausdrücklich im Code civil a. 2230.

[2] So Manigk, Anwendungsgebiet S. 128, Willenserklärung S. 541 ff., bei dem Eigenbesitz direkt mit Eigentum identifiziert wird: er meint, es gebe drei Formen des Eigenbesitzes: Eigentum, gutgläubigen und bösgläubigen Besitz; daher sei der Eigenbesitz der höhere Begriff, unter den das Eigentum der gut- und bösgläubige Besitz fielen. Aber Eigenbesitz kann höchstens mit Eigentümer besitz identifiziert werden, nicht mit dem Eigentum selbst.

Miete, der Nießbrauch, das Pfandrecht bestehen, so lange ist der Mieter, Pfandgläubiger, Nießbraucher Fremdbesitzer und kann nicht durch einseitiges Handeln Eigenbesitzer werden, auch nicht einmal bösgläubiger. Der Besitzwille der beiden Besitzer ist gewissermaßen in dem Kausalverhältnis objektiviert. Es bedarf keiner Erforschung des inneren Willens: ist die Causa des Fremdbesitzers noch unverändert in Kraft, so hat er auch keinen Eigenbesitz. Und weiter, jeder Besitz ist Eigenbesitz, die bloße Willensänderung des unmittelbaren Besitzers, von nun an Fremdbesitzer sein zu wollen, ist rechtlich irrelevant, solange nicht die Besitzvermittelung, der Fremdbesitz, auf ein Kausalverhältnis zum Oberbesitzer basiert ist. Solange bleibt auch der bisherige Besitzer Eigenbesitzer.

Die Gegenansicht könnte in dieser bloßen Willensänderung zwar wegen § 868 ebenfalls noch keine Begründung von Fremdbesitz erblicken, immerhin müßte sie nunmehr annehmen, der Besitzer sei bloßer Besitzer und kein Eigenbesitzer mehr, da er ja die Sache nicht mehr als ihm gehörig besitzen will. Ein billiges Mittel, sich der Haftung nach § 836 zu entziehen! Auch hier erhellt: wer eine Sache besitzt, ohne Fremdbesitzer zu sein, ist Eigenbesitzer.

An die Besitzvermittelung nach § 868 schließt sich die Gruppe der Besitzdiener des § 855 an. Sie haben die tatsächliche Gewalt, aber sie üben sie aus ohne alles eigene Interesse, rein zu fremdem Nutzen und zudem in völliger Abhängigkeit von dem Willen des Herrn. Bei solcher Sachlage spricht das Gesetz den Besitzdienern alle Besitzesfolgen, selbst den Besitzesschutz und darum auch den Besitz ab. Ganz analog wie bei den Besitzmittlern ist das Willensverhältnis hier objektiviert in dem Kausalverhältnis sozialer Abhängigkeit des Besitzdieners vom Herrn. Auch hier genügt nicht schon bloße Willensänderung, um aus dem vorhandenen Corpus Eigenbesitz zu machen, so wenig wie der bloße Willensentschluß Besitz in Besitzdienerschaft zu verwandeln imstande ist.

§ 4. Die Einigung bei der Besitzübertragung und ihr rechtlicher Charakter[1])

Zum Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 soll die Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber genügen, wenn der

[1] Ueber die Einigung des § 854 Abs. 2 vgl. Bruck, Die Einigung

Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Es wird in diesem einen Falle von der Herstellung eines tatsächlichen Gewaltverhältnisses des Erwerbers über die Sache ausnahmsweise abgesehen und die bloße Willenseinigung des Erwerbers mit dem Tradenten für ausreichend erklärt. Das Gesetz behandelt hier einen Fall der Besitzübertragung, der im Verhältnis zu den anderen Uebertragungsfällen nur eine geringe Wesensdifferenz aufweist. Die übrigen Fälle hat das Gesetz ausdrücklich zu erwähnen für überflüssig erachtet; es beschränkt sich für sie darauf, ganz allgemein festzustellen, wann der Besitz beim Erwerber begründet ist. Der Wissenschaft bleibt es überlassen, die nähere Gestaltung des originären Erwerbs, wie der Besitzübertragung klarzulegen.

Sehen wir ab von dem Vorgang rein originärer Besitzbegründung, so muß von vornherein betont werden, daß alle Fälle der Besitzübertragung, so verschieden sie zu sein scheinen, doch inhaltlich wesensgleich sind und nur quantitative, nicht qualitative Unterschiede aufweisen. Die Uebergabe von Hand zu Hand und der Erwerb nach § 854 Abs. 2 bilden die beiden Extreme, zwischen denen in langsamen Uebergangsstufen das körperlich-räumliche Gewaltverhältnis immer mehr sich verflüchtigt und dafür das Willenselement immer deutlicher in den Vordergrund rückt. Darum ist aber weder im Falle der Besitzübertragung

im Sachenrecht des BGB. 1900 S. 19 ff. Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag, Marb. Diss. 1904 S. 82 ff. Stöver, Einigung im Sachenrecht, Arch Bürg R. Bd. 26 S. 168 f. Steyert, Der dingliche Vertrag im BGB., Erl. Dissert. 1905 S. 28. Salomon, Die Genehmigung im 1. Buch des BGB. in ihrer Beziehung zu der Einigung des 3. Buchs, Marb. Diss. 1903 S. 55 f. Sohm, Der Gegenstand S. 26 f. Manigk, Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte S. 200. Derselbe, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 660 ff., dazu Hellmann, Kr. V. J. Schr. Bd. 48 S. 253. Strohal, Der Sachbesitz, Iherings J. Bd. 38 S. 81. Rümelin, Arch Civ Pr. Bd. 93 S. 181 f. Aravantinos a. a. O. S. 127 ff., 151 ff. Sokolowski a. a. O. S. 302 ff., insbes. S. 306 ff. Pabst, Die Rechtsnatur der Einigung S. 121 ff. Kniep a. a. O. S. 93, 108, 161, 179. Przibilla a. a. O. Iherings J. Bd. 50 S. 328. Heinrichs a. a. O. S. 48 f. Nord, Die rechtliche Natur der Besitzübertragung, Rost. Diss. 1903. Planck III[3] Bem. 3a. Biermann, Bem. 3. Staudinger, Bem. II 2 zu § 854. Endemann, Lehrbuch II § 35, § 36. Crome III § 347, Dernburg III § 18. Enneccerus-Wolff[4/5] § 11 II. Weitere Literatur bei Staudinger, Bem. II 2 b zu § 854.

nach § 854 Abs. 2 das körperliche Moment ganz eliminiert, — es ist allerdings beschränkt auf die bloße Möglichkeit der Ausübung tatsächlicher Gewalt über die Sache —, noch ist im Falle der Uebergabe von Hand zu Hand das Willens- und Einigungselement ausgeschaltet. Vielmehr liegt schon in der gewöhnlichen Besitzverschaffung durch Uebergabe von Hand zu Hand, bei der der frühere Besitzer dem Erwerber die Sache aushändigt und damit den körperlichen Besitz überträgt, eine Willenseinigung, ein Vertrag [1].

I. Das ist freilich heute ebenso bestritten, wie es schon im gemeinen Recht kontrovers war, ja sogar die römischen Quellen lassen in diesem Punkte Meinungsverschiedenheiten erkennen. Man hat heute so gut wie im früheren Recht zu unterscheiden zwischen einseitiger Dereliktion mit nachfolgender Okkupation [2] und dem Vorgang, bei dem beide in eine gewisse Abhängigkeit von einander gebracht werden, so daß der Besitzer seinen Besitz nicht unter allen Umständen aufgibt, sondern nur weil und damit eine bestimmte andere Person ihn erwerbe. Stehen sich aber die Willenserklärungen oder Willenshandlungen so gegenüber, so liegt die Annahme eines Vertrags nahe [3]. Es ist freilich ein Vertrag besonderer Art, als dessen Hauptwirkung zunächst erscheint, daß vom Erwerber nur ein „abgeschwächtes Traditionskorpus" verlangt wird.

Die traditio possessionis stellt also beim Tradenten nicht bloß den Willen dar, Besitz aufzugeben, sondern zu übertragen, beim Empfänger nicht bloß den Besitz zu erwerben, sondern ihn gerade vom Tradenten zu überkommen. Für einen Konsens bei der Tradition haben sich in den vielumstrittenen Stellen Ul-

[1] Vgl. Enneccerus-Wolff § 11 I.

[2] So betrachtete die Tradition im gemeinen Recht z. B. Harburger, Das constitutum possessorium S. 36. Aehnlich Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 11, Randa, Der Besitz[3] S. 488 ff. Dernburg, Pandekten I § 177.

[3] Diese Ansicht vertraten u. a. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen S. 218 ff. Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters S. 96 ff. Leonhard, Krit. V. J. Schr. Bd. 23 S. 311 ff. Bekker, Das Recht des Besitzes S. 300 ff. Strohal, Sukzession in den Besitz. Endemann in seinem Handbuch des deutschen Handelsrechts, Bd. II S. 30. Hruza, Grünhuts Z. Bd. 24 S. 270 ff. Die Literatur bei Windscheid, Pandekten I § 153 Anm. 9, 10.

pian (l. 34 pr. D. 41, 2)[1] und Papinian (l. 18 pr. D. 43, 16) entschieden; gegen die Annahme eines Konsenses wird die Ansicht des Celsus in l. 18 § 1 D. 41, 2 angeführt[2]. Die Meinungen sind geteilt, man schwankt hauptsächlich zwischen zwei Erklärungsarten. Die einen nehmen eine offene Antinomie an, die historisch zu verstehen ist, indem Celsus die Kunde von einer früheren Entwicklungsstufe des römischen Rechts uns übermittelt[3]; die anderen gehen davon aus, daß verschiedene Tatbestände zu Grunde liegen, indem bei Celsus die Tradition bereits ganz vollzogen bei Ulpian dagegen der Traditionsakt wegen fortdauernder Detention des Tradenten noch nicht beendet sei[4]. Einem Erklärungsversuch, der sich in der Richtung der letzteren Ansicht bewegt, dürfte die größere Ueberzeugungskraft innewohnen.

Doch möge dem sein, wie ihm wolle, die überwiegende Anzahl der Schriftsteller der letzten Periode des gemeinen Rechts hat sich jedenfalls für die Vertragsnatur der Tradition ausgesprochen[5]. Man kehrte damit übrigens nur zu einer alten Lehre

[1] Die l. 34 pr. D. 41, 2 zeigt, daß bei Vorliegen eines gültigen Konsenses ohne error in corpore zur Besitzergreifung das bloße inire bei Grundstücken genügt. Läge kein gültiger Konsens vor, so müßte die erschwerte Besitzverdrängung, wie sie bei Grundstücken verlangt wird, Platz greifen (vgl. die l. 6 § 1, l. 7, l. 3 § 8, l. 25 § 2, l. 46 D. 41, 2 und dazu die Ausführungen von Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht 1907 S. 417 f). Wenn also der Tradent den Erwerber in vacuam possessionem des fundus Cornelianus schickt, dieser aber glaubt, es solle ihm der fundus Sempronianus übergeben werden und er trotzdem auf dem fundus Cornelianus einzieht, so erwirbt er dort durch bloßes inire keinen Besitz, weil zwischen ihm und den Tradenten kein Traditionskonsens hinsichtlich des fundus Cornelianus zustande kam. Es zeigt sich deutlich, daß Ulpian vom Erwerber den Willen verlangt, den Besitz gerade als einen ihm vom Tradenten eingeräumten zu erwerben und nicht bloß den Willen, schlechthin Besitz zu erwerben. Vgl. Brinz, Pandekten § 138. Litten a. a. O. S. 58 ff.

[2] Die Literatur bei Windscheid I § 156, Anm. 10. Randa a. a. O. S. 490, Anm. 9; vgl. Windscheid, Voraussetzung S. 145/6. Rümelin a. a. O. S. 96 ff. Dernburg, Pandekten I § 182, Anm. 12. Wendt, Pandekten S. 302. Strohal, Sukzession in den Besitz S. 176 ff.

[3] So früher Windscheid, Rümelin u. a., heute Rabel, Z. R. G. (R.) Bd. 27 S. 316 ff. Mitteis, Römisches Privatrecht I S. 146.

[4] Sohm, Z. H. R. Bd. 17 S. 18 ff. Randa a. a. O. S. 491. Wendt a. a. O. S. 302, ähnlich Dernburg a. a. O. I § 182, Anm. 12. Vgl. auch Sokolowski a. a. O. S. 411.

[5] Biermann, Traditio ficta S. 396 f.

zurück, die schon die Glossatoren vertreten hatten[1]. Der Einfluß von Savigny war es gewesen, der den Gedanken eines derivativen Besitzerwerbs zurückgedrängt hatte[2]. Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vermochte man sich von dem Banne dieser neuen Lehre zu befreien. Das Verdienst, als erster energisch wieder für die Vertragsnatur der Tradition eingetreten zu sein, gebührt Brinz[3], ihm folgten bald Jhering, Hölder, Bekker, Karlowa, Esmarch, Strohal u. a. Zwar hat es auch später nicht an Versuchen gefehlt, die Tradition als rein tatsächlichen Akt ohne Rechtscharakter darzustellen. So hat Exner insbesondere mit Entschiedenheit ausgesprochen: „Besitzerwerb durch Tradition gibt es nicht. In Wahrheit entsteht der Besitz wohl immer bei der Tradition, aber niemals aus derselben. Was in der Tradition vertragsmäßig erworben wird, kann nur ein dingliches Recht sein; sofern aber dem Empfänger zugleich iura possessionis hinsichtlich der tradierten Sache erwachsen, gründen sich diese allein auf den einseitigen Akt der Apprehension“ [4].

Aber auch seine Ausführungen haben die herrschende Meinung nicht zu erschüttern vermocht. Allerdings darf man aus dem Umstand, daß der Tradition eine Vertragsnatur innewohnt, keine zu weitgehenden Folgerungen ziehen. Denn der Erwerber bekommt Besitz, auch wenn der Traditionsakt aus irgend welchem Grunde nichtig oder wenn der Tradent nicht Besitzer oder nicht Bevollmächtigter des Besitzers war [5]. Darin zeigt sich eben, daß der Besitz eine res facti ist. Bedenken hat Brinz[6] geäußert, er meinte, wer den Besitz aus Besitzers Hand (also auf Grund einer gültigen Tradition) wolle, der wolle ihn nicht auch stets einseitig auf eigene Faust haben. Der einseitige Aneignungs-

---

[1] Vgl. die Zitate aus Irnerius und Cujacius bei Brinz, Pandekten I S. 514. Eine literarhistorische Uebersicht gibt Strohal, Sukzession S. 1 ff. Vgl. ferner Biermann a. a. O. S. 62, für die Juristen der Renaissance S. 213.

[2] Vgl. Savigny, Das Recht des Besitzes VII. Aufl. S. 44, 240, 327, 207 ff. Strohal a. a. O. S. 16 ff.

[3] Pandekten[1] I S. 55 ff., ferner in Bekkers und Muthers Jahrb. Bd. 3 S. 16—57, vgl. Strohal a. a. O, S. 24 ff.

[4] A. a. S. 11.

[5] Brinz, Pandekten § 138. Litten a. a. O. S. 61 ff.

[6] Pandekten I S. 511 ff.

wille sei nicht das Genus, das den konsensualen als Spezies in sich schließe. Die Folge ist, daß zwar dem Tradenten durch nichtige Tradition der Besitz verloren geht, der Empfänger ihn aber nicht unter allen Umständen erwirbt. Dieser Ansicht stehen schwer widerlegbare Bedenken entgegen [1]. Das trifft auch auf die weitere Behauptung von Brinz zu, bei nichtiger Tradition erwerbe der Empfänger immer nur, wenn er die Nichtigkeit kenne und trotzdem unter dem Scheine zweiseitigen Erwerbs in Wahrheit und geflissentlich einseitig erwerbe. Zugegeben muß werden, daß die Quellen kein völlig klares Bild geben: für Brinz scheint z. B. zu sprechen l. 13 § 1 D. 5, 3, gegen ihn z. B. l. 2 § 15 D. 41, 4 [2]. Als Grundregel aber wird man für das römische Recht aufstellen dürfen: der Traditionsempfänger erwirbt durch ungültige Tradition Besitz, auch ohne Kenntnis von der Nichtigkeit des Traditionsakts. Natürlich liegt dann keine alienatio possessionis vor, kein derivativer Besitzerwerb; der Besitzer ist possessor pro possessore und nicht, wie bei Gültigkeit der kausalen Tradition, possessor pro emtore, pro donato etc.

Viel bedeutsamer aber ist die Konsensnatur der Besitzübertragung in den Fällen des sogenannten abgeschwächten Traditionskorpus. Um die Aufhellung dieser Tatsache haben sich be-

[1] Karlowa a. a. O. S. 219 ff. Litten a. a. O. S. 68.

[2] Vgl. Karlowa a. a. O. Nicht überzeugend ist sein Argument auf S. 219 oben. Die Hervorhebung der Kenntnis von der Nichtigkeit des der Tradition zu Grunde liegenden Kausalgeschäfts und des Traditionsaktes in l. 13 § 1 D. l. c. geschieht wohl sicher nicht, um ausdrücklich auf den animus possidendi auf Seiten des Erwerbers hinzuweisen. Die Tradition wird für nichtig erklärt, insbesondere wenn sie von einem Minderjährigen ohne auctoritas tutoris vorgenommen wird oder einer Schenkung unter Ehegatten dienen soll. Im letzteren Fall zweifelten die römischen Juristen, ob das Verbot der donatio inter virum et uxorem nicht bloß den Eigentumserwerb des beschenkten Ehegatten, sondern auch seinen Besitzerwerb unmöglich mache: l. 1 § 4 D. 41, 2: si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest . . Ulpian (und Julian) spricht sich für einen Besitz pro possessore des beschenkten Ehegatten aus in l. 16 D. 41, 2; l. 13 § 1 D. 5, 3; l. 1 § 10 D. 43, 16, ein weiterer Ausspruch in l. 46 D. 24, 1: inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est will nur besagen, daß eben der Ehegatte nicht pro donato besitzen kann. Für die Tradition Minderjähriger vgl. l. 29 D. 41, 2 und l. 11 D. 41, 1. Dazu Litten a. a. O. S. 63 ff.

sonders Strohal[1] und Pininski[2] verdient gemacht. Ein reiner Vertrag, ein nudus consensus, ist die Besitzübertragung nicht, das Traditionskorpus ist den Römern unentbehrlich. Aber Uebergabe von Hand zu Hand ist nicht bei allen Gegenständen möglich und auch entbehrlich. Eine körperliche Apprehension findet nicht statt in den zahllosen Fällen, in denen der frühere Besitzer dem Erwerber den Besitz überweist, ihm gestattet nunmehr die Gewalt über die Sache auszuüben, die longa manu traditio und all die anderen Möglichkeiten ähnlicher Art[3]. Hier verflüchtigt sich das corpus und in den Vordergrund rückt der animus des Erwerbers, der consensus der Partei[4]. Die einseitige Okkupation, die ja auch bei der Uebergabe von Hand zu Hand sich in der Tradition vollzieht, setzt ein äußerlich wahrnehmbares corpus, eine Apprehension voraus. In den Fällen der zweiseitigen Tradition, in denen ein Nachlaß an den Erfordernissen des Traditionskorpus stattfindet und der Besitzübergang vorwiegend auf der Animusseite beruht, hängt der Besitzerwerb des Empfängers von der Gültigkeit des Konsenses der Parteien über den Besitzübergang ab. Ist er nicht gültig, weil der Tradent nicht Besitzer oder vom Besitzer nicht bevollmächtigt ist, oder weil der Tradent nicht handlungsfähig ist, so geht kein Besitz über; erst wenn der Erwerber sich körperlich in den Besitz setzt, hat er ihn erworben, aber nicht recte[5]. Das volle Besitzkorpus pflegt in diesen Fällen, anders als bei der Tradition von Hand zu Hand, erst realisiert zu werden, nachdem schon vorher Besitz auf Grund des animus und eines sehr weit gefaßten corpus, einer bloßen Zugriffsmöglichkeit, in Händen des Erwerbers ist. Würde der Empfänger das corpus nicht selbst nachträglich noch realisieren, so erhielte er bei mangelndem Konsens keinen Besitz. Denn das abgeschwächte Korpus ohne gültigen Konsens genügt nicht. Hier zeigt sich deutlicher, als bei der Uebergabe von Hand zu Hand, die Bedeutung des Konsenses.

Es hieße den römischen Juristen moderne Ideen imputieren, wollte man annehmen, daß sie zu einer klar erkannten und durchgeführten Vertragslehre hinsichtlich der Tradition gelangt wären.

[1] Sukzession in den Besitz, 1885.

[2] Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht.

[3] Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten I § 178.

[4] Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 203.

[5] Vgl. l. 33 D. 41, 2. Pininski meint, nach dieser Stelle werde überhaupt kein Besitz erworben. Vgl. l. 29 D. 41, 2.

Sie gingen wohl auch hier mehr empirisch vor und gewöhnten sich daran, an den Tatbestand der Tradition bestimmte Rechtsfolgen zu knüpfen, die man bei reiner Dereliktion und Okkupation nicht eintreten ließ. Sind die Römer überhaupt nicht zu einer allgemeinen Vertragstheorie gekommen, so fehlte ihnen ganz besonders eine einheitliche Ausbildung der sachenrechtlichen Rechtsgeschäfte[1]. Bei dieser Sachlage ist es für uns genügendes Anzeichen, wenn die römischen Juristen betonen, daß der Wille des Tradenten den Besitzerwerb des Empfängers bewirkt habe und wenn sie den Tradenten als auctor des Besitzes des Erwerbers bezeichnen[2]; und wenn ferner, wie aus l. 34 pr. D. 41, 2 hervorgeht, der Erwerber den Besitz als einen ihm vom Tradenten eingeräumten muß erwerben wollen.

II. Der herrschenden Meinung im gemeinen Recht schlossen sich die Motive[3] an, aber in durchaus eigenartiger Weise. Einmal betonen sie gerade alle die Momente, die heute wie früher die meisten Schriftsteller veranlaßten, in der Besitzübergabe einen Vertrag, wenn schon eigener Art, zu erblicken[4]. Dann aber lehnen sie doch wieder die Annahme der Vertragsnatur ab und zwar bloß aus dem Grund, weil die Vorschriften über Verträge nicht schlechthin für analog anwendbar erklärt werden könnten, sowie weil das beiderseitige bloße Gewollthaben in den tatsächlichen Verhältnissen eine Aenderung nicht hervorbringen könne. So sei der consensus in idem placitum nur Voraussetzung für die

---

[1] Vgl. Mitteis I S. 145 f.

[2] Vgl. Hruza a. a. O. S. 272 und die dort zitierten Stellen l. 15 § 1 D. 12, 6; l. 9 pr. D. 1, 2, l. 11 C. 7, 32 und l. 5 pr., l. 15 § 1 D. 44, 3; l. 13 § 1 D. 41, 2.

[3] Bd. III S. 91.

[4] „Das Aufgeben des Besitzes verliert den Charakter der Dereliktion und wird zur Tradition, wenn nur zu gunsten einer bestimmten Person, damit diese in unmittelbarem Anschluß an den früheren Besitz Besitzer werde, der Besitz aufgegeben werden sollte. Das Aufgeben soll in diesem Fall nur dann wirksam sein, wenn es dem Einverständnisse derjenigen Person, zu deren Gunsten es geschieht, begegnet. Die Willenseinigung des bisherigen Besitzers und des Besitzerwerbers ist die Voraussetzung dafür, daß gerade diese Art des Besitzwechsels stattfinde. Bei Beantwortung der Frage, ob diese Voraussetzung erfüllt sei, wird man auf die beiderseitigen Willenskundgebungen die Vorschriften über die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen anzuwenden haben, so daß also im Falle der Geschäftsunfähigkeit, des wesentlichen Irrtums, der Anfechtung wegen Drohung oder Betrugs die Voraussetzung nicht erfüllt ist."

Annahme gerade eines konsensualen Besitzwechsels, nicht ein dinglicher Vertrag, welcher den Besitzwechsel als begehrte rechtliche Wirkung herbeiführe, denn der Besitz sei tatsächlicher Natur.

III. Eben diese Gründe bringen die Gegner der Vertragsnatur der Einigung, wie des derivativen Besitzerwerbs überhaupt, auch heute unter den verschiedensten Formen vor. Betrachten wir zunächst, inwieweit die heutige Besitzübertragung auf einer Einigung beruht und welche Rolle heute der durch sie erzeugte derivative Besitz spielt.

Jede Besitzübertragung beruht auf einer Einigung[1]. So haben wir bereits oben festgestellt. Auch das ist, wie zur Zeit des gemeinen Rechtes, bestritten. Ganz zu Unrecht! Man muß sich bloß bewußt bleiben, was die Bedeutung dieser Einigung ist.

Die Einigung besteht aus der Aeußerung des Besitzaufgabe- und zugleich des Besitzübertragungswillens durch den Tradenten und aus der mit ihr verbundenen Willensäußerung des Empfängers, den Besitz an der ihm übergebenen Sache nach dem Willen des Tradenten erwerben zu wollen[2]. Diese Willenseinigung ist das einzige Element, das alle Besitzübertragungen, mag es sich um unmittelbaren oder mittelbaren Besitz handeln, mit einander gemein haben. Es ergibt sich unmittelbar aus dem allgemeinen Erfordernis des Besitzwillens. Auch die Gegner geben zu, daß zur Besitzübertragung der Wille des Tradenten erforderlich sei. So bezeichnet z. B. Manigk[3] den derivativen Erwerb als das mit dem Willen des Vorbesitzers beim Erwerber hergestellte Gewaltverhältnis. Beim Erwerber ist, wie oben ausgeführt, ebenfalls ein Wille erforderlich[4], der sich in der Herstellung der

---

[1] Das Wort Vertrag sei hier vermieden und mit ihm nur die Vereinigung zweier technischer Willenserklärungen bezeichnet. Doch wäre es kein Unglück, wenn man von einem Besitzvertrag, ebenso wie von dinglichen Verträgen, redete.

[2] Das Einigungselement der Uebergabe erkennen an: Cosack I S. 116. Fischer-Henle zu § 854, Anm. 8 und 10. Stöver a. a. O. S. 167, besonders eindringend Strohal, Jherings J. Bd. 38 S. 58 ff. Dagegen Kniep a. a. O. S. 179 ff., Pabst S. 124 ff. Vgl. auch Aravantinos S. 162 ff.; Enneccerus-Wolff § 11 I, Manigk, Willenserklärung S. 660.

[3] Willenserklärung S. 660.

[4] Das läßt Manigk a. a. O. S. 660 außer acht, da er keine entschiedene

tatsächlichen Gewalt äußern muß. Beide, der Wille des Tradenten und der des Empfängers treten sich nicht unvermittelt gegenüber [1], sondern stehen in einer gewissen Wechselbeziehung: der Tradent will den Besitz nicht schlechthin aufgeben, sondern ihn übertragen, der Empfänger nicht schlechthin Besitz erwerben, sondern nur ihn als einen vom Tradenten übertragenen oder eingeräumten erwerben. Es sind also zwei „gleichgerichtete Willen" [2], die in ihrer vertragsähnlichen Vereinigung die Besitzübertragung, den derivativen Besitzerwerb in dem hier verstandenen Sinne ausmachen [3].

Bei dem Grundfall der Besitzübertragung, der Uebergabe von Hand zu Hand, tritt naturgemäß, wie schon bei der Darstellung des gemeinen Rechts betont wurde, die Einigung der Parteien vor dem realen Akt der Aushändigung in den Hintergrund.

Und weiter wird der angenommene derivative Besitzerwerb gewissermaßen sofort überholt von der originären Besitzbegründung des Empfängers, die dem Erwerber den Besitz sichert, einerlei ob die Tradition Mängel aufweist oder nicht. Das ist der Grund, warum man meist bei der Uebergabe von der Handlung des Tradenten als von einer fast bedeutungslosen Beihilfe zu dem originären Besitzerwerb des Empfängers spricht [4]. Freilich eine Anzahl Rechtswirkungen des Besitzes knüpfen sich

Stellung zum Besitzwillen nimmt; hier scheint er sich gegen das Erfordernis eines solchen auszusprechen. Auf Seite 655 f., 663 äußert er sich zweifelnd.

[1] Manigk, Willenserklärung S. 660.

[2] Enneccerus-Wolff II § 11 I S. 21.

[3] Vgl. besonders auch Aravantinos a. a. O. S. 167 ff., der mit guten Gründen die Ansicht bekämpft, es enthalte die Besitzübertragung beim Tradenten eine unbedingte Besitzaufgabe und einen unbedingten Besitzaufgabewillen, besonders mit dem Hinweis auf § 303 BGB. Die Besitzaufgabe geschieht nur in Rücksicht auf den Erwerber. Der Besitz geht zwar definitiv verloren, aber seine Fehlerhaftigkeit ist bedingt durch die Gültigkeit der Einigung, deren Unwirksamkeit oder nachträgliche Anfechtung nach rückwärts den Besitz als einen fehlerhaften erscheinen läßt. Und zwar gilt das insbesondere, wenn der Empfänger keinen gültigen Willen gehabt oder nachträglich seine Willensäußerung angefochten hat: hier bliebe nach der Gegenansicht der Wille des Tradenten, weil unabhängig von dem des Empfängers, gültig bestehen. Das ist aber kein annehmbares Resultat; vielmehr muß er mit der Einigung selbst hinfällig werden.

[4] Sohm S. 27, Pabst S. 124; vgl. dagegen z. B. Strohal a. a. O. S. 85, Anm. 83; Manigk, Anwendungsgebiet S. 202 f.

rein an das Vorliegen eines Tatbestandes an, einerlei wie er zustande kam. So knüpft sich der Besitzschutz, die Hauptwirkung des Besitzes als eines Tatbestandes, an die tatsächliche Gewaltausübung über die Sache, einerlei wie sie entstanden ist [1]. Aber schon bei der Qualifizierung des Besitzes als eines fehlerhaften oder fehlerfreien kommt es nicht mehr bloß auf den tatsächlichen Zustand, sondern die Art der Erlangung an, auf den Willen des Vorbesitzers. Die Begründung des mittelbaren Besitzes ist nicht anders als auf derivativem Wege möglich. Und schließlich bei der Hauptfunktion des Besitzes im heutigen Recht, bei seiner Verwendung zur Rechtsbegründung, also zur Eigentumsübertragung, Pfandbestellung usw. genügt der tatsächliche Zustand, daß der Erwerber den Besitz erlangt hat [2], nicht zur Uebergabe. vielmehr muß ein Besitzübergang vom Tradenten auf den Erwerber vorliegen, der auf einer diesbezüglichen Einigung der Parteien beruht [3]. Die verschiedenen Funktionen des Besitzes haben eben verschiedene Voraussetzungen; das erschwert die Erkenntnis und wissenschaftliche Behandlung und hat viel Verwirrung hervorgerufen.

In voller Erkenntnis des eben Angeführten redet man allgemein von einer Rechtsnachfolge in den Besitz oder genauer in die Rechtswirkungen des Besitzes [4]. Die sich für den Nachfolger

[1] So mit besonderer Schärfe namentlich Aravantinos S. 126/7, auch Isay, Geschäftsführung S. 265, 268 ff.

[2] So Manigk, Das Anwendungsgebiet S. 194 ff.; Willenserklärung S. 654 ff., Anm. 742, hiezu vgl. Pabst S. 132. Stöver S. 166 ff., Aravantinos S. 173 ff., 134 ff.

[3] Auch bei der Bestellung einer Briefhypothek z. B. genügt zum Erwerb der Hypothek nicht die einseitige Besitzergreifung durch den Hypoth.-Gläubiger oder die ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgte Aushändigung des Briefes durch das Grundbuchamt an ihn (Planck, Bem. 2 zu 1117 S. 538).

[4] So das BGB. in den §§ 221; 858 Abs. 2, 859; Abs. 4, 861 Abs. 2; 862 Abs. 2; 943, 999. Vgl. Strohal, Succession S. 154, Endemann II § 37 Ziffer 1 b und 3; Enneccerus-Wolff § 11 Anm. 1, Cosack § 187, Kipp bei Windscheid I 794; Gierke, Deutsches Privatrecht II § 115; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 246 ff., § 36. Gegen die Rechtsnachfolge in den Besitz vor allem Sohm, Der Gegenstand S. 45 ff.; Binder, Die Rechtsstellung des Erben I 47; Kohler, Arch. Bürg. R. Bd. 18 S. 80, Manigk, Willenserklärung 659, Pabst a. a. O. S. 122 ff. Staudinger Bem. II 4 zu § 854 will von Singularsuccession nur im Falle des § 854 Abs. 2 sprechen.

aus dem Besitz ergebenden Rechtsfolgen hängen von der Art des Besitzes des Vorgängers ab. Es versteht sich von selbst, daß eine derartige Nachfolge, mag es sich um mittelbaren oder unmittelbaren Besitz, um Uebergabe von Hand zu Hand oder durch bloße Einigung nach § 854 Abs. 2 handeln, immer beruhen muß auf einem Konsens, eben auf der Einigung, die jeder wirklichen Besitzübertragung zugrunde liegt.

Die Uebergabe als Erfordernis der Rechtsverschaffung setzt bei dem Veräußerer stets ein Besitzopfer: gegenwärtigen Verlust des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes oder doch Verlust der rechtlichen Anwartschaft auf Wiedererlangung des Eigenbesitzes in Zukunft voraus [1]. Der Erwerber dagegen muß den jeweils diesem Besitzverlust entsprechenden Besitzgewinn machen, der natürlich im einzelnen je nach seiner Beziehung zum Tradenten und seinem eigenen bisherigen Verhältnis zur Sache ein verschiedener ist. Beruht die Besitzverschiebung nicht auf dem übereinstimmenden, gültigen Parteiwillen, so liegt keine Uebergabe vor, wie sie das Gesetz zur Rechtsbegründung fordert [2]. Die beabsichtigte Rechtsbegründung ist daher nicht zustande gekommen, eine etwaige Verpflichtung zur Uebergabe nicht erfüllt. Gerade für den Uebergabesitz genügt es nicht, daß bloß zwei „gleichgerichtete Willen", die sich nicht zu einer Einigung zusammenschließen, vorhanden sind. Will z. B. A dem B eine Sache schenken und nimmt B ohne Kenntnis dieser von A geäußerten Absicht die Sache heimlich weg, so ist keine Uebergabe, kein Uebergabebesitz und kein Eigentumserwerb zustande gekommen [3].

Ist der körperliche Uebergabeakt vollzogen oder hat der Erwerber sonstwie die tatsächliche Macht über die Sache erlangt, so ist natürlich Besitz im Sinne des tatsächlichen Habens, der gesetzlichen Besitzesschutz genießt, für den Erwerber begründet. Insoweit zeigt sich die Natur des Besitzes als einer res facti. Dieser Erwerb kann nicht rückgängig gemacht werden; es erfolgt weder ein Rückfall des Besitzes an den Tradenten durch Anfechtung

[1] § 929 Satz 2, 931. [2] In § 929, 1032, 1205 z. B.

[3] Das ist insofern besonders wichtig, als bei der Eigentumsübertragung die dingliche Einigung des § 929 der Besitzübertragung vorhergehen kann und also der Eigentumserwerb in solchen Fällen von der Gültigkeit der Uebergabe in erster Linie abhängt.

der Uebertragung von seiner Seite[1], noch kann bei von Anfang an ungültiger Uebergabe Besitzerwerb in diesem Sinne beim Gegner verhindert werden. Was ungültig ist oder durch Anfechtung hinfällig gemacht werden kann, ist die Uebergabe als solche, die Uebergabenatur des Besitzes. Dementsprechend müßte also eine etwaige Anfechtung gehandhabt werden[2]. Der bestehende Besitz, die Tatsache des Habens des Gegners, kann aber nie durch die Anfechtung, wie durch andere Mängel des Traditionsgeschäftes tangiert werden. Handelt es sich um Besitzerwerb nach § 868, 870, so erfolgt die Anfechtung des Uebergabewillens durch Anfechtung des besitzvermittelnden Kausalgeschäftes oder der Abtretung[3].

Der Besitzerwerb kommt praktisch nie

---

[1] Manigk, Willenserklärung S. 662.

[2] Durch die Anfechtung des Uebergabewillens wird der Besitzerwerb des Empfängers zu einem ohne Willen des Vorbesitzers, also eigenmächtig, erlangten. Dem Tradenten erwachsen somit die Besitzschutzmittel. Vgl. darüber ausführlich Aravantinos a. a. O. S. 160 ff. Ist die Einigung über den Besitzübergang ungültig oder durch Anfechtung vernichtet worden, so entfällt damit der Charakter des Besitzes des Empfängers als eines durch Rechtsnachfolge erworbenen im Sinne der §§ 943, 221, 999 z. B. Für § 940 Abs. 2 gibt Wolff (Enneccerus-Wolff § 11 I Anm. 2), der sich sonst, allerdings nicht überzeugend, gegen die hier vertretene Meinung wendet, die Praktikabilität des Ergebnisses zu. Ueber § 940 Abs. 2 und entsprechend die §§ 927 I 2, 945 Satz 2, 955 Abs. 3, 1033 Satz 2 vgl. Aravantinos S. 182 ff. Ueber die Frage, ob in unseren Fällen ein unfreiwilliger Besitzverlust im Sinne von §§ 935, 926 Abs. 2, 1207, 1208, 1006 Abs. 1 vorliegt: Aravantinos S. 175 ff., Planck, Bem. 2 zu § 935, Dernburg III § 103 II 2, Kipp bei Windscheid I S. 784. Dagegen Wolff a. a. O., Biermann Bem. 3 zu § 935, OLG. Hamburg Rechtspr. Bd. 10 S. 138, Mot. Bd. 3 S. 348. Schließlich mag noch darauf hingewiesen sein, daß wenn der Erwerber auf die Besitzübertragung einen gültigen Anspruch z. B. aus Miete hat, die Einigung über die Besitzübertragung aber ungültig oder angefochten ist, durch die bloße einseitige Besitzbegründung eine definitive Erfüllung seiner Forderung nicht eingetreten ist; hat der Tradent ja doch die Besitzklagen. Vgl. Aravantinos S. 184.

[3] Lehrreich ist besonders der Fall der Besitzverschaffung nach § 870. Hat der Erwerber von dem Drittbesitzer vor der Anfechtung durch den Tradenten unmittelbaren Besitz erlangt, so kann durch bloße Anfechtung der Tradent seinen Besitz nicht wieder bekommen, es entfällt nur die Uebergabenatur des Besitzes beim Erwerber. Anders dagegen, wenn der letztere bloß mittelbaren und noch nicht unmittelbaren Besitz innehatte.

abstrakt vor; immer liegen ihm echte Verträge obligatorischer oder dinglicher Natur zugrunde. Der Besitz wird stets zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit oder auch zur Begründung einer solchen übertragen, also nicht losgelöst von jedem Rechtsgrund, sondern als Leih-, Miet-, Verwahrungsbesitz oder Besitz zur Begründung dinglicher Rechte beim Erwerber[1]. Stets liegt dann eine Uebergabe im oben beschriebenen Sinn vor. Daher ist der Besitzerwerb in weitaus den meisten Fällen ein Erwerb von Uebergabebesitz und nicht von Besitz schlechthin und insoferne spielt die Einigung über den Besitzübergang eine sehr erhebliche Rolle. Insoferne ist auch der Satz irreführend, der immer und immer wieder aufgestellt wird, der Besitz müsse stets originär erworben werden. Praktisch kommt es meist nicht auf das Daß, sondern auf das Wie der Besitzbegründung an. Von untergeordneter Bedeutung ist demgegenüber die Frage, ob auch originär Besitz erworben wurde[2].

§ 5. Fortsetzung, Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die auf Besitzübertragung gerichteten Handlungen der Parteien den Charakter von Rechtsgeschäften haben. Die ganz überwiegende An-

[1] Manigk, Willenserklärung S. 692.

[2] Insoferne erledigen sich auch die Einwände Sohms a. a. O. S. 26 ff. Die Begründung des tatsächlichen Habens, das vom Gesetz mit Besitzschutz umgeben wird, ist praktisch ziemlich bedeutungslos. Ungleich bedeutsamer ist die Rolle des Uebergabebesitzes, der an jener Stelle nicht berücksichtigt wird. Aehnliches gilt von den Ausführungen Manigks, Willenserklärung S. 656 ff. Soweit der Besitz rein als Tatbestand des tatsächlichen Habens mit den daran geknüpften Rechtsfolgen der Ersitzung und des Besitzschutzes ohne Rücksicht auf seine Entstehung in Frage steht, treffen die Ausführungen Sohms und Manigks vollkommen zu. Aber schon bei der Ersitzung könnte, wenn der Ersitzende zum Beweis seines guten Glaubens auf das Kausalgeschäft und die Uebergabeeinigung zurückgreifen muß, ein Mangel in diesen beiden Geschäften zwar nicht den Besitz, aber die Ersitzungsmöglichkeit in Frage stellen. Verschwindend klein ist eben die Anzahl der Fälle, in denen bloß nach dem Besitztatbestand als solchem ohne Rücksicht auf seine Entstehung gefragt wird. Auch der unmittelbare Fremdbesitz hängt in seinen Wirkungen, abgesehen von der des Besitzschutzes, von der Begründung durch vertragliche Einigung ab: § 986 I.

sicht der Theorie spricht dem einseitigen Besitzerwerb, wie dem auf Tradition beruhenden, der Besitzaufgabe, wie der Besitzübergabe den Rechtsgeschäftscharakter ab [1], teils weil es bei diesen Handlungen überhaupt am Willen fehle, teils weil der Besitzwille kein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille sei [2], der Erfolg der Besitzbegründung oder des Besitzverlustes nicht eintrete, weil er von der Partei gewollt sei, sondern rein auf Grund des Gesetzes. Allerdings tritt der Besitzverlust und die Besitzbegründung nur ein, wenn die Parteien die jeweiligen Erfordernisse des Gesetzes erfüllt, also insbesondere beim Erwerber das Besitzkorpus in Gestalt tatsächlicher Gewalt oder eines besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses hergestellt haben, aber nie [3] ohne den Willen der Parteien, sondern stets weil sie den Erfolg gewollt haben. Auch im Besitzrecht ist der Wille der Partei die Ursache jeder Veränderung, nur genügt nicht jeder bloß innere Wille und nicht jede Erklärungsform, vielmehr schreibt das Besitzrecht genau vor, wie sich der Wille zu äußern hat, wenn er rechtlichen Erfolg haben soll. Der Erfolg, den die Parteien erstreben, tritt ein, weil sie ihn gewollt haben und wenn der dem Willen entsprechende Zustand, das corpus, hergestellt ist.

Anders wird sich allerdings der zur vorliegenden Frage stellen, der den Willen aus dem Besitzrecht streicht und meint, Besitz sei bereits vorhanden, wenn das äußere Gewaltverhältnis hergestellt ist. Wir haben aber schon oben nachzuweisen gesucht, daß man beim Besitz den Willen unmöglich entbehren kann. Hat der, in dessen Machtbereich eine Sache gebracht wurde, wirklich den Willen, die Sache zu besitzen, nicht, so übt er auch keine Gewalt aus und hat keine Gewalt über die Sache erlangt; denn von einer Gewalt über eine Sache kann man doch bloß reden, wenn man die Sache haben will. Nur die Möglichkeit einer Gewaltbegründung oder -ausübung ist nahe gerückt durch die Einbringung einer Sache in die Gewaltsphäre eines anderen. Niemand aber wird be-

---

[1] Enneccerus-Wolff § 10 IV, Manigk, Anwendungsgebiet S. 200 ff.; Willenserklärung S. 654 ff.; a. A. nur Kohler, Arch Bürg R. Bd. 18 S. 79 auch hinsichtlich der einseitigen Besitzbegründung. Vgl. Enneccerus-Wolff § 11 I.

[2] So besonders Manigk, Anwendungsgebiet S. 200 ff., Willenserklärung 656 ff., Pabst S. 124 f.

[3] Positive gesetzl. Ausnahmen: § 857, § 911.

streiten, daß der Besitzwille, den das Recht nur als einen irgendwie realisierten beachtet, nicht ohne weiteres unter die allgemeinen Normen über Willenserklärung und Rechtsgeschäft subsumiert werden könne.

Besonders scharf hat Manigk[1] seine Ansicht formuliert und dem Besitzwillen deswegen den Charakter eines rechtsgeschäftlichen Erfolgswillens abgestritten, weil der Wille der Parteien sich hier immer nur auf das tatsächliche Haben und nicht auf die Rechtswirkungen des Besitzes beziehe, die vielmehr als Wirkungen des Besitztatbestandes ex lege einträten. Das ist wohl nicht ganz zweifellos. Der Besitz hat eben weder die Natur einer reinen Tatsache noch die eines bloßen Rechts, sein Wesen ist mit Rechtselementen durchsetzt. Dem bloßen Haben sehen wir nicht an, ob es Inhabung, Fremd- oder Eigenbesitz ist. Schon der bloße Wille zum Haben muß rechtlich qualifiziert sein. Doch mag dem sein, wie ihm wolle; es ist hier nicht der Ort, näher darauf einzugehen, was man im einzelnen unter Rechtsgeschäft, was man unter Erfolgswille[2] versteht. Es genügt, die negative Tatsache festzustellen, daß die Besitzhandlungen, obwohl sie Ausdruck eines Willens sind, nicht als Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte[3] in Anspruch genommen werden können[4]. Das ergibt sich aus der Natur des Besitzes, der kein Recht im gewöhnlichen Sinne genannt werden und wegen seines aus tatbestandlichen und rechtlichen Elementen gemischten Charakters nicht wohl unter die gewöhnlichen Kategorien der Rechte gebracht werden kann.

Erwähnung mag hier nur noch finden eine weit verbreitete Inkonsequenz in der Lehre von der Besitzübertragung. Während man nämlich der gewöhnlichen Uebergabe den Rechts-

[1] Willenserklärung S. 658, 662, 691.

[2] Es erscheint zweifelhaft, ob überhaupt der sogen. Erfolgswille, wenigstens in seiner üblichen Fassung ein wertvolles Unterscheidungskriterium liefert. Jedenfalls hat er heute nur systematische Bedeutung von geringem praktischen Wert.

[3] So die herrschende Meinung. Literatur bei Kaemmerer S. 16 f.

[4] Nach der im vorigen Paragraphen aufgestellten Ansicht ergibt sich von selbst, daß auch der Eigenbesitzerwerb kein Rechtsgeschäft ist. Anders die herrschende Lehre, vgl. Staudinger Bem. 5 b und dort Zitierte, insbes. Manigk, Anwendungsgebiet S. 127 ff., 213 ff., Willenserklärung S. 546 ff.; Enneccerus-Wolff § 7 I 1.

geschäftscharakter abspricht, soll die qualitativ von ihr durchaus nicht verschiedene Besitzverschaffung nach § 854 Abs. 2 Vertragscharakter tragen, echte Willenserklärung und wahres Rechtsgeschäft vorliegen. Es sollen also auf diese Einigung und Besitzübertragung ohne weiteres die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung, Irrtum usw. Anwendung finden [1]. Ihnen steht wiederum eine kleine Minorität gegenüber, die den Rechtsgeschäftscharakter dieser Einigung leugnet und bestreitet, daß die Einigung in § 854 Abs. 2 einen Vertrag bilde [2].

Mit der Feststellung, daß die Besitzübertragungshandlungen keine Rechtsgeschäfte sind, ist nun aber zunächst nicht viel gewonnen, denn die Probleme, wie die Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, Stellvertretung etc. rechtlich zu behandeln sind, bestehen für die Willensbetätigungen im Besitzrecht ganz ähnlich, wie für die gewöhnlichen Willenserklärungen. Es bleibt also nichts anderes übrig, als diese Fragen einzeln zu prüfen. Dabei sind die Grundgedanken, die den gesetzlichen Bestimmungen der rechtlichen Behandlung der Willenserklärungen zugrunde liegen, soweit auf das Besitzrecht zu übertragen, als die Natur des Besitzes es zuläßt. Im übrigen erhellt auch hier wieder, daß der ganze, von mancher Seite so leidenschaftlich geführte Streit praktisch nicht bedeutsam ist, sondern eigentlich nur von systematischem Interesse. Denn einerseits verschließen sich auch diejenigen, die in der Einigung des § 854 Abs. 2 ein wahres Rechtsgeschäft sehen, nicht der Einsicht, daß dieser Vertrag besonderer Art ist und auf ihn die einzelnen Vorschriften über Willenserklärungen nur mit Vorsicht angewendet werden können. Andererseits geben die Vertreter der Gegenansicht [3] zu, daß die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend auf die von ihnen sog. Willensausführungshandlungen [4] oder bloße Rechts-

[1] Planck[3], Bem. 3a zu § 854 S. 34. Bruck S. 21. Strohal Iherings J. 38 S. 81 ff. (insbes. S. 84). Staudinger II 2 zu § 854. Heinrichs S. 48 ff. Rümelin S. 181 f. Przibilla S. 328. Sokolowski S. 306. Staudinger, Biermann a. a. O. Enneccerus-Wolff § 11 II; vgl. auch Neumann, Jahrbuch Bd. I 1, S. 510.

[2] Männer S. 97; Sohm S. 26 ff.; Pabst S. 121 ff.; Manigk, Willenserklärung S. 660 ff.; Aravantinos S. 124 ff.

[3] Vgl. z. B. Pabst S. 129; Kaemmerer a. a. O. S. 22.

[4] So Sohm S. 27; Pabst S. 127: Willensbetätigung nicht technischer Art.

handlungen [1], in die die Einigung zerfallen soll, zu übertragen seien.

Es kann in dieser Arbeit nicht die Lösung der Aufgabe versucht werden, einen Normenkomplex für das Besitzrecht aufzustellen. Es genüge, wenn die beiden für unser Problem in erster Linie interessierenden Fragen der Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

Will man prüfen, welche Anforderungen an die persönliche Geschäftsfähigkeit bei Besitzübertragungen zu stellen sind, so ist erste Bedingung, die Erwerbs- und Verlustgeschäfte scharf zu trennen. Es ist ein Charakteristikum der sachenrechtlichen Verfügungsverträge, daß in ihnen der eine Teil, der Verfüger, lediglich an Rechtsmacht zugunsten des anderen Teils verliert und dieser lediglich auf Kosten des ersteren an Rechtsmacht gewinnt. Der Gegenwert pflegt dem Verlierer nicht in demselben Vertrag [2], sondern in einem neuen Verfügungsgeschäft mit vertauschten Rollen oder auf andere Weise zuzukommen. Die Verfügungsgeschäfte tragen also einen durchaus einseitigen Charakter. Wenn nun auch die Besitzübertragung nicht eine Verfügung im technischen Sinn ist [3], so ist sie diesen Geschäften doch nahe verwandt, wie sie abstrakt, mit einseitiger Gewinn- und Verlustbegründung. Im Gegensatz zu diesen sachenrechtlichen Geschäften stehen die obligatorischen Verträge: in ihrer gewöhnlichen synallagmatischen Form berechtigen und verpflichten sie gleichzeitig beide Teile. Wer einen obligatorischen Vertrag schließt, nimmt dabei nicht bloß die verpflichtende Erklärung des Gegners in Empfang, sondern verpflichtet sich unzertrennbar damit zugleich dem Gegner, sei es auch nur in sekundärer, eventueller Weise.

Der Minderjährige soll wegen seiner mangelnden Verstandesreife vor Schaden bewahrt werden. Speziell der beschränkt Geschäftsfähige soll nach Sinn und Zweck des Gesetzes nur solche

[1] So Manigk a. a. O.

[2] Ueber die eigenartigen Aequivalent- oder Austausch-Verfügungsverträge, bei denen sich im Gegensatz zu den im Texte erwähnten schlichten Verfügungsverträgen der Verlust notwendig mit einem auf Grund desselben Vertrags zugunsten des Verfügenden eintretenden Erwerb verbinden muß, vgl. Strohal, Schuldübernahme S. 13 ff. und schon früher DJZ. 1909 S. 1031 ff.; gegen letzteren Artikel Lebrecht, Württ. J. Bd. 22 S. 246 ff.

[3] Insbesondere Sohm a. a. O. S. 26 ff.

Rechtsgeschäfte gültig abzuschließen in der Lage sein, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Gerade weil die obligatorischen Verträge zumeist jeden Kontrahenten gleichzeitig berechtigen und verpflichten, sind sie dem beschränkt Geschäftsfähigen verschlossen. Anders die dinglichen Verfügungen, die Besitzübertragung.

Ueberträgt der Minderjährige den Besitz an einer Sache, ist das Geschäft für ihn einseitig ein Verlustgeschäft, so gilt auch heute noch Ulpians Wort (l. 29 D. 41, 2).

> Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere, alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.

Auch heute vermag kein Gesetzeswort zu verhindern, daß der Minderjährige die tatsächliche Gewalt verliert. Aber Aufgabe des Rechts ist es, diesen Verlust nach Möglichkeit zu hindern. Jeder Besitzverlust, ja schon jede Beschränkung des Besitzes zugunsten eines anderen muß auf dem gültigen Willen des bisherigen Besitzers beruhen [1], sonst ist die Beeinträchtigung des Besitzes verbotene Eigenmacht und der Besitz ein unfreiwillig abhanden gekommener im Sinne des Gesetzes [2]. Der Besitzveräußerungswille oder, anders ausgedrückt, die Genehmigung zum Eingriff in den eigenen Besitz kann nur ausgehen von einer Person, die nicht mehr vom Gesetze als des Schutzes bedürftig angesehen werden muß, also voll geschäftsfähig ist [3]. Wirksam sich des Besitzes zu entschlagen setzt also volle Geschäftsfähigkeit voraus.

Besitzerwerb, mag es sich handeln um Ergreifung besitzer- und herrenloser Sachen oder um Inbesitznahme übertragener Gegenstände, ist stets eine Willensbetätigung, die ledig-

[1] Es ist hier vor allem an die Fälle der Besitzübergabe im Gegensatz zu denen der Dereliktion, die hier gewöhnlich nur ins Auge gefaßt wird, zu denken.

[2] Vgl. § 935, 940 II, 927 I 2, 945, 955 III, 1033, 1006 I, 1207, 1208, 926 II. Im allgemeinen pflegt man die im Texte erwähnten Punkte häufig zu übersehen und sich damit zu begnügen festzustellen, daß auch Geschäftsunfähige tatsächlich den Besitz aufgeben können. Aber das Gesetz gibt uns ja gerade Mittel in die Hand, die tatsächlich erfolgten Besitzverluste möglichst wieder rückgängig zu machen.

[3] Vgl. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Arch Civ Prax. Bd. 99 S. 47 ff., insbes. 62 f., S. 35 ff., besonders S. 38 f.

lich tatsächlichen und rechtlichen Vorteil für den Erwerber bedeutet. Daß der Besitz auch gewisse Lasten mit sich bringt[1], ist unerheblich. Mit Recht geht aber die herrschende Meinung, der nur verschwindend wenig Dissentienten[2] gegenüberstehen, über die Schranken der §§ 104 ff. hinaus und erklärt auch den Geschäftsunfähigen für imstande, Besitz zu erwerben[3], indem man von einem natürlichen, im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Willen spricht, der hier ausreiche oder sich darauf beruft, daß zum Besitzerwerb überhaupt kein Wille erforderlich sei. Man brauchte aber gar keinen Beschwichtigungsgrund, denn es dürfte doch gerade bei den sachenrechtlichen Erwerbsgeschäften in die Augen springen, daß für sie der § 105 nicht paßt. Wendet man ihn auch hier an, so wird damit nicht ein Schutz des Geschäftsunfähigen erreicht, sondern eine Schädigung, die materiell durch nichts gerechtfertigt ist. Von selbst ergibt sich aus den früheren Ausführungen, daß auch für den Erwerb des Eigenbesitzes nichts anderes gelten kann[4].

Ueber den Besitzerwerb durch Stellvertreter scheint das BGB. keinerlei Bestimmung getroffen zu haben. Ausdrücklich ist davon wenigstens nirgends die Rede und die ganz verfehlte Vorschrift des Entwurfs I § 801, daß auf den Besitzerwerb durch Vertreter die Vorschriften über den Erwerb aus einem von dem

[1] Hauptsächlich nach § 985; § 836 kommt nicht in Betracht.

[2] So Endemann § 34; Mot. III 83; E. I § 800 ließ geschäftsunfähige Personen keinen Besitz erwerben, wohl aber beschränkt geschäftsfähige.

[3] Wendt, Besitzwille S. 26 ff.; Enneccerus-Wolff § 10 III 2; Manigk, Willenserklärung S. 656; Staudinger Bem. I 2 c zu § 854; Sokolowski a. a. O. S. 298; Strohal a. a. O. S. 75; Gierke, Fahrnisbesitz S. 4; Dernburg § 17; Prot. III S. 31, 33; Denkschrift S. 106. Eigenartig ist die Ansicht Kobers im Staudingerschen Kommentar; er läßt zunächst den Kindern unter 7 Jahren die Fähigkeit selbständigen Besitzerwerbes. Dann aber heißt es: „Soweit es sich freilich um rechtsgeschäftliche Besitzübertragung oder um ein Rechtsgeschäft, wie z. B. Schenkung, handelt, also um Willenserklärungen, müssen die allgemeinen Normen eintreten." Hier versage das BGB. den Personen im Sinne der §§ 104, 105 jede rechtliche Wirkung beim Besitzerwerb.

[4] Anderer Ansicht die herrschende Meinung: Staudinger Bem. 5 b; Planck Bem. 3; Biermann Bem. 1 zu § 872; Crome III § 344; Matthias § 2 II; Manigk, Willenserklärung S. 566 f., Anwendungsgebiet S. 213 ff. Wie hier Dernburg § 17, Fischer-Henle Bem. 1 zu § 872, Kniep a. a. O. S. 104, Wendt a. a. O. S. 28 f.

Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäft entsprechende Anwendung finden sollen, hat glücklicherweise in das BGB. keine Aufnahme gefunden. Doch hat das Gesetz genau die Voraussetzungen aufgestellt, auf Grund deren eine Mittelsperson imstande ist für einen anderen die tatsächliche Macht oder deren Surrogate zu erwerben. Der Besitzerwerb durch Mittelspersonen steht unter einem Spezialrecht, das die Anwendung und zwar sogar eine analoge der allgemeinen Stellvertretungsgrundsätze für Rechtsgeschäfte schlechthin ausschließt [1].

Auch für unser heutiges Recht wird es zutreffend sein, wenn man den Satz aufstellt, daß man zwar corpore alieno, aber nicht animo alieno den Besitz erwerben könne.

Die tatsächliche Macht braucht sich der Besitzer nicht selbst zu schaffen; es ist rechtlich irrelevant, auf welche Weise sie hergestellt würde [2]. Wird eine Sache in den Machtkreis einer Person eingefügt und hat diese den Willen, die betreffende Sache zu besitzen, so ist mit dem Moment der Einfügung für sie Besitz begründet, einerlei, wer dabei die tatsächliche Hilfe leistete. Es bedarf auch gar keiner besonderen Rechtsbeziehung zwischen Besitzer und Gehilfen. Wenn also z. B. bestellte Ware vom Austräger des Verkäufers in der Wohnung des Käufers niedergelegt [3] oder von einem Freund oder Hausgenossen in Empfang genommen wird, so entsteht in dem Moment, in dem die Sache in die Herrschaftssphäre des Erwerbers eintritt, Besitz für diesen. Vorausgesetzt ist dabei nur, daß der Erwerber den Besitzwillen hat und der Gehilfe keine eigene tatsächliche Macht an der Sache erlangen will. Stellt in solcher Weise eine fremde Person für uns Besitz her, so handelt es sich um eine Art momentaner Detention zugunsten des wahren Erwerbers, ganz ähnlich der selbstnützigen momentanen Detention, bei welcher der Detentor zu eigenen Zwekken vorübergehend eine Sache zur Benutzung erhält, an ihr aber

[1] Gegen eine Uebertragung der § 164 ff. die herrschende Lehre; vgl. vor allem Manigk, Anwendungsgebiet S. 356 ff., Willenserklärung S. 656; Literatur bei Kaemmerer a. a. O. S. 13 ff.

[2] Das hat u. a. besonders Enneccerus-Wolff scharf hervorgehoben: II § 13.

[3] So schon das römische Recht: l. 18 § 2 D. 41, 2; l. 9 § 3 D. 23, 3; dazu Savigny, Besitz S. 227. l. 18 § 2 cit.: si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.

infolge Mangels eines Besitzwillens keinen eigenen Besitz begründet[1]. Wennschon diese sog. momentane Detention nicht unmittelbar ein Spezialfall der Besitzdienerschaft ist, wie man heute meist anzunehmen geneigt ist, so läßt sich doch eine große Aehnlichkeit und eine gewisse innere Verwandtschaft nicht leugnen.

So wird denn auch, wenn ein Besitzdiener innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises die tatsächliche Herrschaft über eine Sache erlangt, dem Herrn unmittelbar Besitz erworben. Die tatsächliche Gewalt des Dieners gilt als tatsächliche Gewalt des Herrn; diese Wirkung vollzieht sich durch das soziale Abhängigkeitsverhältnis und auf seiner Grundlage, ganz ähnlich wie den Römern der Besitz am Sklaven dessen Sachbesitz vermittelte.

Diesem Fall reiht sich ein weiterer des Uebergabeerwerbs an. Wird nämlich die Sache nicht von einem Mittler in Empfang genommen, der sich in einem Abhängigkeitsverhältnis vom Erwerber befindet oder auch nur reiner Tatgehilfe, bloßer Detentor sein will, so wird ein Verhältnis tatsächlicher unmittelbarer Gewalt in der Person des Destinatärs nicht begründet. Wohl aber kann hier wiederum das Verhältnis von Herr zu Mittler so beschaffen sein, daß der unmittelbare Erwerb des letzteren kraft Gesetzes die mittelbare tatsächliche Gewalt dem ersteren verschafft. Bei der Besitzvermittelung nach § 868, wie in den Fällen des § 855, ist die Grundlage des Besitzzuwachses beim Herrn seine Rechtsbeziehung zum Mittler, in welcher der Besitzwille des Herrn und der Vermittelungswille des Erwerbers objektiviert ist.

Auch beim Erwerb durch Uebergabesurrogate kann man sich vertreten lassen.

Zunächst ist es möglich, daß der Vertreter die Einigung nach § 854 Abs. 2 für den Vertretenen schließt. Hat der letztere den Willen zum Besitzerwerb und ist er in der Lage, die tatsächliche Gewalt auszuüben, so erwirbt er die unmittelbare tatsächliche Gewalt mit dem Abschluß der Einigung durch den Vertreter.

Schließlich erwirbt ein Vertreter für seinen Herrn den mittelbaren Besitz, wenn er das besitzvermittelnde Rechtsverhältnis

[1] So Wendt, Besitzwille S. 18. l. 41 D. 41, 2: qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videre possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideret, licet corpore in fundo sit.

im Sinne des § 868 direkt auf den Namen des Herrn abschließt oder den Herausgabeanspruch eines bereits bestehenden Besitzvermittelungsverhältnisses direkt für den Herrn erwirbt. Gerade diese Fälle, die gewöhnlich keiner Beachtung gewürdigt werden, vermögen besonders bei der Konstruierung des Eigentumsübergangs da, wo die anderen Arten versagen, gute Dienste zu leisten.

Die beiden letzten Gruppen von Besitzerwerbsvermittelung (§ 854 Abs. 2; 868, 890) haben miteinander gemeinsam, daß die Mittelsperson keinerlei eigenen Erwerb an Inhabung oder Besitz macht: sie schließt den Vertrag oder die Einigung, die Wirkung tritt direkt bei dem Vertretenen ein. Einmal handelt es sich hier nur um mittelbaren Besitz, das andere Mal um eine stark „spiritualisierte" Besitzübertragung, bei der das Element der tatsächlichen Gewalt schon dann als erworben gilt, wenn nur die Möglichkeit ihrer Ausübung besteht, ohne daß davon Gebrauch gemacht wäre. Diese Arten, mit deren Besprechung die Prüfung der Einzelfälle begonnen sein mag, nähern sich ihrer äußeren Erscheinung nach der Stellvertretung im rechtsgeschäftlichen Verkehr: es findet keine reale Uebergabe statt, der Erwerb vollzieht sich durch Vertrag oder ein vertragsähnliches Institut, an dessen Resultat der Vertreter selbst durchaus unbeteiligt bleibt. Der Erwerb tritt sofort in der Person des Vertretenen ein. In allen diesen Punkten stehen diese Fälle der gewöhnlichen Stellvertretung in Rechtsgeschäften nahe und entfernen sich damit von den beiden anderen Hauptgruppen, der Erwerbsvertretung durch Besitzdiener nach § 855 und durch Besitzmittler nach § 868.

Nach den letztgenannten Arten ist die Besitzvermittelung für den Vertretenen bedingt durch den Eigenerwerb des Vertreters, sei es der Inhabung, sei es des unmittelbaren Besitzes. Die Fremdwirkung setzt hier zwar ein Handeln für den anderen, aber nicht im Namen des anderen voraus. Vollmacht ist weder erforderlich noch auch genügend. Das Handeln des Mittlers muß sich innerhalb des ihm übertragenen Geschäftskreises vollziehen und vermag nur durch die Vermittelung der Person des Vertreters und seiner rechtlichen Beziehung zum Herrn für diesen zu wirken.

Im Willen aber ist eine Vertretung nicht möglich: der Vertretene muß den Besitzwillen selbst fassen. Er kann es in genereller und spezieller Form tun. Der Besitzwille liegt sowohl

im Einzelauftrag zum Erwerb einer bestimmten Sache enthalten, als auch in dem Abschluß eines unter § 855 fallenden Dienstverhältnisses. Auch nachträglich durch Erteilung der Genehmigung kann der Besitzerwerb sich für den Herrn vollenden.

Es wird gewöhnlich die Frage aufgeworfen, ob man von Stellvertretung im Besitzerwerb sprechen könne. Ebenso wie für das gemeine Recht, wird sie für das heutige Recht meist schlechthin verneint [1]. Die Frage ist eigentlich eine müßige. Denn soweit man eben mit Stellvertretung bloß bezeichnen will, daß durch die Tätigkeit eines anderen bei dem durch ihn Vertretenen direkte Wirkungen eintreten, kann man selbstverständlich auch hier von Vertretung reden. Nur ist damit dann aber auch die Aehnlichkeit zwischen echter Stellvertretung in obligatorischen Verträgen und Stellvertretung im Besitzerwerb erschöpfend gekennzeichnet und es dürfen weitere Folgerungen aus der Bezeichnung nicht gezogen werden. Wir werden sehen, daß jede der angegebenen Arten der Besitzvermittelung sich unter eigenen Spezialregeln vollzieht und daß sich wenig oder gar keine allgemeinen Grundsätze für die Besitzvermittelung aufstellen lassen. Unanwendbar sind jedenfalls die Vorschriften der § 164 ff. über Stellvertretung; das Spezialrecht des Sachenrechts geht auch hier den allgemeinen Regeln vor. Daher mag es gut sein, überhaupt nicht von Stellvertretung im Besitzerwerb zu reden, um jeden Irrtum, der aus der Terminologie geschöpft werden könnte, unmöglich zu machen. Gewöhnt man sich aber daran, nicht sofort aus einer bloßen Bezeichnung die ganze rechtliche Behandlung ableiten zu wollen und bleibt man sich bei einer Vertretung im Besitzerwerb stets bewußt, daß in erster Linie sachenrechtliche Grundsätze entscheidend sind, so kann man sich auch der alten Terminologie des gemeinen Rechtes bedienen, die von Vertretung im Besitzerwerb redet [2].

Das wird einen davor bewahren, den Vertretungsgedanken

[1] So auch die allgemeine Ansicht, Literatur bei Kaemmerer a. a. O. S. 16 ff. Vgl. Endemann, Lehrbuch II § 38. Sokolowski a. a. O. S. 315 ff., S. 443 f. Leonhard S. 59 ff. Rümelin, S. 259 ff., 262, Motive III S. 89.

[2] Vgl. Eck-Leonhard, S. 23. Strohal, Iherings J. Bd. 38 S. 70. Cosack II § 186 VI 2 und bei Kaemmerer S. 31 Anm. 1 Zitierte.

zugleich mit der Bezeichnung aus dem Besitzrecht zu verbannen[1]. Bei der Besitzübertragung zum Zweck der Eigentumsverschaffung springt es in die Augen, daß sich der Vertretungsgedanke verwirklicht: das Uebereignungsgeschäft wird mit direkter Wirkung für den Vertretenen abgeschlossen. Denn wenn z. B. A dem C eine Sachen verkaufen und übereignen will und sie zu diesem Zwecke dem Bevollmächtigten und Beauftragten B des A übergibt, so erhält B den unmittelbaren Besitz nicht als eigenen für sich und in seinem Namen erhält, sondern von vornherein als einen fremden, ihm persönlich nicht gebührenden. A bekommt durch die Uebergabe an B zugleich ebenfalls wahren Besitz, wenn auch nur mittelbaren. Daß B überhaupt Besitz zukommt und bei ihm nicht bloß reine Detention, wie nach gemeinem Recht, entsteht, ist lediglich positive Gesetzesbestimmung, die uns nicht über den Charakter der Uebergabe irreführen darf. Darin unterscheidet sich diese Vertretung im Besitzerwerb von der eigentlichen Stellvertretung in Rechtsgeschäften, daß sie neben der unmittelbaren Wirkung für den Vertretenen eine Zwischenwirkung beim Vertreter hervorruft, der so an dem Erfolg des Geschäftes, wenn auch nur in untergeordneter und nebensächlicher Weise teilnimmt. Die Stelle der Vollmacht, die etwa in obligatorischen Verträgen berufen ist, die Wirkung durch die Person des Vertreters hindurch direkt auf den Vertretenen zu leiten, nimmt beim Besitzerwerb der Auftrag oder ein anderes Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 ein. Wollte man wirklich mit der Gegenansicht annehmen, der Mittler erlange den unmittelbaren Besitz im eigenen Namen, den mittelbaren Besitz des Erwerbers begründe er nicht als dessen Stellvertreter durch das Geschäft mit dem Veräußerer, sondern lediglich dadurch, daß er auf Grund seines internen Verhältnisses zu diesem sein Herausgabeschuldner werde [2], so müßte man dahin gelangen, Eigentumserwerb durch sozial unabhängige Personen überhaupt zu leugnen. Und doch war gerade das Bedürfnis einer solchen Vertretung der legislatorische Grund, den mittelbaren Besitz zu schaffen [3]. Denn zum Eigentumserwerb ist erforderlich, daß der Veräußerer dem Erwerber die Sache übergibt. Bei der Uebergabe kann sich der Er-

[1] Wie es Enneccerus-Wolff II § 14 Anm. 8, § 66 I 1 tut.
[2] So Wolff a. a. O.
[3] Strohal, Iherings J. Bd. 38 S. 18.

werber vertreten lassen, tut er das, so wird die Sache in s e i-n e m Namen dem Vertreter übergeben d. h. die der Uebergabe zugrunde liegende Einigung weist als Uebergabeerwerber den Vertretenen und nicht den Vertreter auf. Er ist der Erwerber des Eigenbesitzes, mag immerhin der Vertreter prokuratorisch oder sonstwie den unmittelbaren Besitz erlangen. Empfinge der Vertreter den unmittelbaren Besitz in eigenem Namen, so wäre er Uebergabeerwerber und der Vertretene hätte kein Eigentum erhalten.

II. Die einzelnen Fälle des Besitzerwerbs durch Interessenvertreter.

§ 6. Der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2.

Die Einigung, von der wir oben nachzuweisen versucht haben, daß sie jeder Besitzübertragung zugrunde liegt, ist im § 854 Abs. 2 ausdrücklich erwähnt und zum Besitzerwerb für genügend erklärt. Hier, wo die reale Uebergabe und damit der gleichzeitige originäre Besitzerwerb des Empfängers wegfällt, tritt die Einigung der Parteien in den Vordergrund. Das körperliche Element des Besitzerwerbs hat sich nahezu völlig verflüchtigt; die bloße objektive Möglichkeit der Gewaltausübung über die Sache genügt. Sie ist die Voraussetzung, daß die bloße Willenseinigung des Verlierers und des Erwerbers sofort Besitz überträgt. In der Einigung liegt einerseits die erklärte und gewollte Besitzaufgabe des Tradenten, andererseits der erklärte Besitzergreifungswille des Erwerbers. Ein bloßer Entschluß der Besitzaufgabe, der nicht irgendwie nach außen hin durch entsprechendes Verhalten dokumentiert wird, genügte, mag er auch erklärt sein, zum Besitzverluste ebensowenig, wie zum Besitzerwerb der bloße, wenn schon erklärte, aber nicht verwirklichte Wille, eine Sache besitzen. Diese zwei einseitigen Entschlüsse vermögen nach den allgemeinen Regeln über den Besitz die Besitzverhältnisse an einer Sache nicht zu ändern, zumal objektiv sowohl Erwerber, als Verlierer die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache haben. Die Einigung muß also mehr sein als die beiden Entschlüsse; sie muß auch mehr sein, als die bloße Ermächtigung des Erwerbers durch den Tradenten, sich in den Besitz der Sache zu setzen, wodurch die Besitzergreifung des Erwerbers sich nicht mehr als verbotene Eigenmacht dar-

stellt[1]. Die Einigung soll ja gerade den Besitzübergang auf den Erwerber bewirken, ohne daß dieser selbst irgend eine Besitzergreifungshandlung vornimmt, so daß also auf den Erwerber Besitz übergeht, schon bevor er selbst durch eine Besitzausübungshandlung originär Besitz begründet hat. Nach der objektiven Sachlage, bei der die Sache sich in dem Einwirkungsbereich beider Teile befindet und der einmal begründete Besitz des Verlierers nicht ohne weiteres animo endet, müßte das Gesetz den Besitz dem bisherigen Besitzer zuweisen, ohne den Willen des Erwerbers zu berücksichtigen. Hier aber geht das Gesetz von seinem allgemeinen Prinzip, daß Besitz nicht schon durch Willensäußerung, sondern erst durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Erwerber begründet wird, ab und gibt dem ausdrücklich erklärten Willen des Tradenten, zugunsten des Erwerbers seinen Besitz aufzugeben und dem ebenfalls ausdrücklich erklärten Erwerbswillen des Empfängers in ihrer — sagen wir vertragsähnlichen — Verbindung die Wirkung des Besitzübergangs. Selbstverständlich kann nachträglich durch Gewaltausübung auch noch originär Besitz für den Erwerber entstehen, der bestehen bliebe, auch wenn die Einigung als mangelhaft sich herausstellte.

Die Einigung des § 854 Abs. 2 ist dieselbe Willenseinigung, wie sie jede Besitzübertragung voraussetzt. Sie ist eine Art Vertrag[2], wie schon oben betont, der aus zwei Willenserklärungen besteht; allerdings ein Vertrag besonderer Art, auf den die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte nur bedingt anwendbar sind, soweit das eben die Natur des Besitzrechtes zuläßt. Geschäftsfähigkeit auf Seiten des Erwerbers ist nicht zu verlangen[3]: denn so gut der Minderjährige durch Uebergabe von Hand

[1] So Manigk, Willenserklärung S. 660; Sohm a. a. O. S. 26 ff.

[2] Vgl. z. B. Enneccerus-Wolff § 11 II; Strohal a. a. O. S. 81; Staudinger Bem. II 2 b, die mit der herrschenden Lehre der Einigung echten Vertragscharakter zuschreiben. Richtig Manigk, Willenserklärung S. 691; Planck Bem. 3 a zu § 854 u. a.

[3] Anderer Ansicht z. B. Enneccerus-Wolff § 11 II, obwohl er selbst kurz vorher sagt, das Kind könne dem Kinde übergeben. Es ist überhaupt merkwürdig, wie fast durchweg das Wesen dieser Einigung bloß deswegen, weil das Gesetz sie nur in § 854 Abs. 2 erwähnt, verkannt wird. Der gewaltbegründende Wille in § 854 Abs. 2 wird so beurteilt, wie wenn er etwas ganz anderes wäre, als in § 854 Abs. 1. Und doch sind Wille

zu Hand Besitz erwerben kann, wie das oben bereits näher ausgeführt ist, so gut er mit der Erlaubnis des Tradenten durch eigene Besitzergreifungshandlungen sich in den Besitz einer Sache setzen kann, ebensogut muß er auch bei bloßer Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, Besitz durch Einigung erlangen können[1]. Erwerb nach § 854 Abs. 2 ist ja nur eine Abart der Uebergabe. Zudem würde man den Eigentumserwerb des Minderjährigen, der richtiger Ansicht nach keiner Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf, wenn er auf diese Art vollzogen wird, unbilligerweise unmöglich machen. Ganz anders liegt die Sache bei Begründung des mittelbaren Besitzes nach §§ 868 870: hier hilft die an sich gültige Einigung über den Besitzübergang mit dem minderjährigen Erwerber nichts, da ihm die Form der Einigung, der Abschluß eines Miet-, Pfand- oder anderen Vertrags gesetzlich ohne Genehmigung des Vormunds nicht erlaubt ist.

Die Willensäußerungen in der Einigung des § 854 Abs. 2 sind nichts anderes, als die Erklärung des Besitzerwerbs- und des Besitzaufgabewillens, die in ihrer Beurteilung ganz den oben aufgestellten Grundsätzen über die Geschäftsfähigkeit hinsichtlich des Besitzwillens unterliegen. Auf der Erwerberseite ist daher keine Geschäftsfähigkeit zu verlangen, wohl aber auf der Veräußererseite.

Besonders deutlich zeigen sich nun aber gerade bei dem Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 die Folgen der Unwirksamkeit der Einigung. Wird die Einigung angefochten, so hat der Erwerber keinen Besitz erlangt, es sei denn, daß er durch Ausübung tatsächlicher Gewalt nachträglich auch noch originär Besitz erworben hätte[2]. Ist das aber nicht der Fall und ist An-

---

und Einigung in beiden Fällen die gleichen. In beiden Fällen handelt es sich um Aufgabe und Erwerb unmittelbarer tatsächlicher Gewalt. Der Unterschied ist ein quantitativer und kein qualitativer.

[1] Für Gleichstellung des derivativen und originären Besitzerwerbs in der Frage nach der Geschäftsfähigkeit des Erwerbers ist besonders Manigk, Anwendungsgebiet S. 204 f., Willenserklärung S. 691 ff. eingetreten. Er will bei beiden Arten der Besitzübertragung den Besitzerwerb durch Kinder zulassen.

[2] Aravantinos a. a. O. S. 155 ff. Gegen ihn Manigk, Willenserklärung S. 662.

fechtung erfolgt, so ist er ein eigenmächtiger Besitzbrecher, wenn er nun sich in den Besitz der Sache setzt. Auf alle Fälle aber entfällt auch hier durch Anfechtung die Uebergabenatur des Besitzes beim Erwerber.

Des weiteren kann der Gedanke der Stellvertretung auf die Einigung des § 854 Abs. 2 sehr wohl übertragen werden. Daher läßt man hier eine solche auch allgemein zu [1]. Zwar ist die Einigung dieselbe, wie bei den Fällen des Besitzerwerbs durch Uebergabe von Hand zu Hand. Aber dort greifen die Spezialbestimmungen des Besitzrechts, insbesondere die §§ 855, 868 ein, da nur nach ihnen der Erfolg der Besitzbegründung beim Vertretenen sich erreichen läßt, falls die tatsächliche Gewalt von einem anderen erworben wird. Und auch hier können wir eine Vertretung nur mit den aus dem Besitzrecht, insbesondere aus dem Abs. 2 des § 854 selbst, sich ergebenden Modifikationen zulassen. Die Willensäußerung zur Einigung kann ein bevollmächtigter Vertreter, wenn er innerhalb seiner Vertretungsmacht handelt, zweifellos für den Vertretenen abgeben. Der Eigenerwerbswille des Vertretenen liegt in der Vollmacht enthalten. Aber diese ganze Vertretung nützt nur dann etwas, wenn der Vertretene in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, wenn also der Vertretene selbst in seiner Person die zweite Voraussetzung des § 854 Abs. 2 erfüllt. Dagegen ist es gerade Bedingung, daß weder ein Dritter [2] noch auch der Vertreter selbst die betr. Sache besitzt, also sie nicht selbst im Bereich seiner Machtausübungssphäre hat, er stehe denn zu dem Vertretenen in einem Verhältnis des § 855.

Die Anführung schon dieses Umstandes dürfte genügen, um zu zeigen, daß der Besitzerwerb durch Vertreter in der Einigung nach § 854 Abs. 2 unter besonderen besitzrechtlichen Regeln steht, die nun auch weitere Abweichungen von dem gewöhnlichen Stellvertretungsrecht bedingen. Es handelt sich hier

---

[1] Strohal a. a. O. S. 81, 84, Literatur bei Staudinger, Bem. II 2 b zu § 854.

[2] Auch der Tradent selbst darf nicht weiterbesitzen: Strohal a. a. O. S. 88. Immerhin bleibt natürlich zu beachten, daß vielfach, besonders bei Verkäufen von Sachen auf offenem Grundstück, jedermann, also nicht bloß der Erwerber, sondern auch sein Vertreter dieselbe Zugriffsmöglichkeit hat.

um eine partielle Vertretung, bloß in der Einigung, nur um eine Art Mitwirkung zur Besitzbegründung. Ein besonderes alieno nomine agere ist dabei nicht notwendig. Es erwirbt der den Besitz aus der Einigung, auf den der objektive Sinn der Einigung hinweist. Die Person des Erwerbers wird dem Tradenten meist einerlei sein, wenn er nur seinen Kausalzweck mit der Besitzübertragung erreicht[1]. Hat der Vertreter nicht ausdrücklich den Willen, selbst zu erwerben, erklärt, so ergibt sich der Sinn seiner Erklärung aus seiner Kausalbeziehung zu dem Vertretenen. Aus ihr geht hervor, wer von beiden den Eigenerwerbswillen hat. Lautet also das der Besitzübertragung zugrunde liegende Kausalverhältnis auf den Namen des Vertreters, will dieser aber direkt für den Vertretenen erwerben, so hat lediglich der Vertretene einen Eigenerwerbswillen und nicht der Vertreter; auf ihn weist die Einigung [2] hin. Immerhin wird die Person des eigentlichen Erwerbers hier meist offen genannt werden oder sich aus den Umständen ergeben wegen des Momentes der Gewaltausübungsmöglichkeit und weil praktisch sehr oft ein Abholungsrecht des Erwerbers von Grundstücken oder aus Räumen des Tradenten eben in dieser Einigung eingeräumt zu werden pflegt, bei dem die Nennung des Erwerbers sich von selbst gibt. Erwirbt so der Vertretene unmittelbar Besitz, ohne daß der Tradent von seiner Person etwas weiß, so liegt darin dem letzteren gegenüber keine Unbilligkeit: der Besitzherr erwirbt ebenfalls, wie sofort zu zeigen, durch einen Besitzgehilfen direkt Besitz, ohne daß dieses Verhältnis nach außen zutage tritt, auch im Falle der Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 an einen Besitzdiener. Dasselbe kann auch von einem Mittler gelten, der nicht selbst Besitzdiener, auch vielleicht gar nicht in der Lage ist, die Gewalt auszuüben.

---

[1] Was das Nähere dieser Auslegungsfrage der Einigung betrifft, so sei hier vorläufig auf R ü m e l i n , Arch Civ Prax. Bd. 93 S. 131 ff. hingewiesen. Eine genauere Darlegung wird die Lehre vom Uebereignungsgeschäft enthalten.

[2] Ist der Mittler selbst und nicht der Vertretene in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben oder ergibt der objektive Sinn der Einigung die Person des Mittlers als Erwerber, so kann er dem Vertretenen unmittelbaren Besitz nur erwerben, wenn er als Besitzgehilfe des § 855

§ 7. Erwerb des mittelbaren Besitzes für den Vertretenen durch Vertragsabschluss nach § 868 u. § 870 BGB. direkt auf seinen Namen.

I. Stellvertretung kann bei Begründung des mittelbaren Besitzes für den Vertretenen vorkommen, wenn der Vertreter die Einigung über die Begründung des mittelbaren Besitzes, sowie das besitzvermittelnde Kausalverhältnis nach § 868 direkt auf den Namen des Vertretenen abschließt [1]. Der Stellvertreter des Käufers einer Sache schließt z. B. ein constitutum possessorium, einen Verwahrungsvertrag, direkt für den Vertretenen oder er verpfändet eine Sache des Vertretenen in dessen Namen. Sofern es sich hier um obligatorische Verträge handelt, kommen die allgemeinen Grundsätze der § 164 ff. zur Anwendung. Ein Interessenvertreter, der nicht erkennbar im Sinne des § 164 für den Vertretenen handelt, wird also den mittelbaren Besitz zunächst nur für sich selbst begründen können und muß ihn dann auf den Vertretenen durch Zession nach § 870 oder durch Vereinbarung eines weiteren Besitzvermittelungsverhältnisses nach § 868, 871 übertragen. Nur für den Fall, daß der Vertreter Besitzdiener des Vertretenen ist, würde trotzdem der mittelbare Besitz nach Analogie des § 855 sofort dem Vertretenen erworben, obwohl der Vertreter selbst Gläubiger in dem besitzvermittelnden Kausalverhältnis geworden ist.

Der Besitzerwerbs- und -übertragungswille muß hier, wie schon oben hervorgehoben, in der Gestalt eines Kausalgeschäftes geäußert werden. Nicht die Besitzübergabe als solche, vor allem nicht die Einigung, sondern nur ihre für diesen Fall notwendige Form, verlangt das alieno nomine agere. Daher kann man höchstens von einer indirekten Anwendung des Offenheitsprinzips auf die Besitzübertragung durch das Kausalgeschäft hindurch reden.

Direkte Verschaffung des mittelbaren Besitzes für den Ver-

---

fungiert, sonst ist höchstens möglich die Begründung mittelbaren Besitzes nach § 868 für den Vertretenen auf Grund Auftrags, in dem Augenblick, wo der Mittler selbst den unmittelbaren Besitz erlangt.

[1] Dieser Fall des Besitzerwerbs ist, abgesehen von Enneccerus-Wolff § 14 IV nirgends erwähnt und doch unterscheidet er sich deutlich von dem stets behandelten Fall, daß der Mittler durch Begründung eigenen unmittelbaren Besitzes mittelbaren Besitz für den Vertretenen erwirbt.

tretenen ist also ausgeschlossen, wenn der Vertreter das Kausalverhältnis (Miete, Verwahrung) auf eigenen Namen abgeschlossen hat. Aber es bleibt zu beachten, daß, wenn der Vertreter im Auftrag des Vertretenen z. B. eine Sache des letzteren in eigenem Namen vermietet, im Zweifel dem Auftraggeber ohne weiteres auch mittelbarer Besitz neben dem des Beauftragten, also mittelbarer Besitz zweiten Grades nach § 871, erworben wird, da zwischen Vertretenem und Vertreter das Auftragsverhältnis eine gültige Besitzvermittelungskausa im Sinne des § 868 darstellt. Das ist dann aber keine Stellvertretung mehr, sondern eben Besitzvermittelung [1].

II. Eine weitere Möglichkeit mittelbaren Besitz zu erwerben bietet § 870 dar. Nach ihm kann der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird [2]. Schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht hervor, daß mittelbarer Besitz nicht notwendig auf jeden Erwerber eines solchen Herausgabeanspruchs übergehen muß. Das ist vielmehr nur der Fall, wenn die Parteien ausdrücklich damit einverstanden sind, daß mit dem Herausgabeanspruch „auch die an den mittelbaren Besitz geknüpften Rechtsfolgen von dem Ueberlassenden auf den Erwerber übergehen, so daß infolge dieses Uebergangs der Erwerber genau das ist, was früher der Ueberlassende war, nämlich mittelbarer Besitzer“ [3]. Dieser Wille braucht natürlich nicht in Worte gefaßt zu sein, sondern kann sich aus den Parteiintentionen ergeben. Bei Uebergang des Herausgabeanspruchs kraft Gesetzes ist dieselbe Prüfung vorzunehmen. Daß eine besondere Willenseinigung über den Uebergang des mittelbaren Besitzes erforderlich ist, wird manchmal übersehen und doch weist gerade hier schon der Wortlaut des Gesetzes auf die Willenseini-

[1] Vgl. Enneccerus-Wolff § 14 IV, dessen Ausführungen nur zutreffen, wenn der Vertreter ausdrücklich in fremdem Namen handelt.

[2] Ueber die Begründung mittelbaren Besitzes im Handelsrecht durch Uebergabe der Konossemente, Lager- und Ladescheine vgl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 93 III 7 c. Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, Festgabe für Dahn S. 161 ff. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 344 ff.

[3] So Strohal a. a. O. S. 60; vgl. Przibilla, Diss. S. 48 ff. Anderer Ansicht ohne Begründung Enneccerus-Wolff § 14 II 1: es sei ein auf den Besitzübergang gerichteter Wille nicht erforderlich.

gung hin, die jeder Besitzverschaffung, welcher Art sie auch immer sein möge, zu Grunde liegt[1]. Es kann freilich in einem solchen Fall auch durch Einigung des unmittelbaren Besitzers mit dem Erwerber der Forderung unabhängig vom Zedenten und gegen dessen Willen mittelbarer Besitz geschaffen werden, wenn nur zwischen beiden ein gültiges Kausalverhältnis besteht, das den Anforderungen des § 868 entspricht.

Das Rechtsverhältnis oder doch mindestens der abgetretene Herausgabeanspruch muß rechtsgültig sein[2]. Die bloße Anerkennung des mittelbaren Besitzes durch den unmittelbaren Besitzer, die nicht in eine gültige gesetzliche Form gekleidet ist, kann doch nicht übertragen werden. Wollte man mit der herrschenden Lehre die Abtretung eines objektiv ungültigen Anspruchs genügen lassen und bloß auf die Anerkennung des unmittelbaren Besitzers abstellen, so müßte der Zessionar zur Gültigkeit dieser Besitzübertragung entgegen der allgemeinen Zessionslehre Einwilligung des Schuldners einholen. Bei der Abtretung ist letzterer aber gerade nicht zu fragen[3]; ohne daß er etwas von der Zession erfährt, hat der Zessionar den mittelbaren Besitz erworben[4]. Gerade hierin zeigt sich, daß das Gesetz von dem objektivierten Besitzwillen ausgeht und den inneren Regungen des Kausalschuldners, wenn er sie nicht durch das Kausalverhältnis hindurch äußert,

---

[1] Wenn allein die Tatsache der Gläubigerschaft des Herausgabeanspruchs den mittelbaren Besitz begründete — und darauf käme die Lehre hinaus, die mit jeder vertraglichen Abtretung ohne Rücksicht auf eine Willenseinigung über den Besitzübergang mittelbaren Besitz übergehen läßt —, dann müßte auch die Ueberweisung eines solchen Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung ohne weiteres den mittelbaren Besitz verschaffen und gerade das lehnen die meisten ab. Denn der Unterschied, den das Reichsgericht (Bd. 63 S. 217 ff.) zwischen Abtretung und Ueberweisung machen will, kann jedenfalls in Bezug auf die Tauglichkeit zur Besitzübertragung nicht anerkannt werden. Vgl. aber Gaupp-Stein, Bem. II 2 β zu § 830. Planck, Bem. 2. Staudinger, Bem. 4 zu § 870. Dagegen Immler DJZ. 10, 980. Wie das RG. auch das Kammergericht OLG. Bd. 15, S. 12; 11 S. 112.

[2] Anderer Ansicht die Kommentare von Planck, Bem. 1 und Staudinger, Bem. 1 d, Biermann Bem. 1 zu § 870. Das Nähere in § 8.

[3] Die Anzeige des § 1205 Abs. 2 beruht auf anderen Gründen.

[4] RGE. Bd. 52 S. 277. Enneccerus-Wolff § 14 II 1.

keinen Einfluß auf die Besitzverhältnisse einräumt. Der Schuldner des abgetretenen Anspruchs vermittelt dem Anspruchsgläubiger den Besitz, einerlei wer er ist, dem Zessionar selbst ohne Kenntnis von der Zession. Nicht wird die Form der Besitzübertragung für die spezielle Anwendung im Besitzrecht modifiziert, sondern der Besitz den Normen, denen seine Form, das Kausalverhältnis, unterliegt, angepaßt.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob eine Uebertragung des mittelbaren Besitzes dann noch als wirksam erscheinen könne, wenn vor der Anspruchszession der unmittelbare Besitzer bereits erklärt habe, er weigere sich, die Sache herauszugeben. Die Frage ist ganz nach den allgemeinen von uns aufgestellten Grundsätzen zu beantworten. Ist die Weigerung als eine gewollte Verletzung des Kausalvertrags anzusehen, so geht kein Besitz auf den Erwerber durch die Einigung über, da dem Tradenten dann die Besitzlegitimation fehlt. Ist die Weigerung des unmittelbaren Besitzers aber eine gesetzlich begründete, z. B. eine durch ein Zurückbehaltungsrecht gerechtfertigte, so wird das Besitzvermittelungsverhältnis dadurch nicht gestört und der Besitz geht auf den Zessionar über[1]. Diese Unterscheidung traf schon das römische Recht in ganz ähnlicher Weise: l. 20 D. 41, 2.

Bei der Besitzübertragung nach § 870 BGB. ist natürlich Raum für Stellvertretung: es kann also der bevollmächtigte Vertreter unmittelbar Besitz für den Vertretenen erwerben, wenn er die Einigung über den Besitzübergang mit dem Tradenten abschließt und sich von ihm den besitzvermittelnden Herausgabeanspruch abtreten läßt. Die Besitzübertragungseinigung, das haben wir schon oben gesehen, braucht nicht ausdrücklich in fremdem Namen abgeschlossen zu sein, um direkt für die Vertretenen zu wirken. Wie aber steht es mit dem Erwerb des Herausgabeanspruchs, in dessen Uebertragung sich der Besitzübereignungswille der Parteien ausdrücken muß? Hat der Erwerber eines abzutretenden Anspruchs bei der Zes-

[1] Biermann Bem. 1. Planck Bem. 3 bβ zu § 868. Cosack § 187 I 2 sind anderer Meinung. Im Resultat übereinstimmend mit dem Text Jacobi, Recht der Wertpapiere S. 274. Staudinger Bem. 1 c zu § 870. Przibilla Diss. S. 55 Anm. 2 und dort Zitierte.

sion offen im Namen des Vertretenen zu handeln, wenn dieser direkt Gläubiger des zedierten Anspruchs werden soll? Die Frage ist zu verneinen, wie sogleich nachgewiesen werden soll. Damit treten wir in Widerspruch zu den wenigen Schriftstellern, die sich überhaupt zu ihr geäußert haben. Immerhin ist das hier auftauchende Problem von theoretischem Interesse, wie von praktischer Bedeutsamkeit, so daß ein näheres Eingehen darauf gerechtfertigt erscheint. Was den Besitzerwerb, der uns hier beschäftigt, betrifft, ergibt sich also als Resultat:

Die Willenseinigung der Besitzübertragung, wie auch der Abtretungsvertrag über den das Besitzkorpus darstellenden Anspruch erfordert kein erkennbares in fremdem Namen Handeln, um dem Vertretenen direkt den mittelbaren Besitz nach § 870 zu verschaffen. Ist übrigens der Vertreter Besitzdiener, so verschafft er ohnehin auch den mittelbaren Besitz direkt seinem Herrn rein auf Grund seines internen Verhältnises zu letzterem. Ist der Vertreter beauftragter Mittler nach § 868, so erwirbt er neben seinem eigenen mittelbaren Besitz für seinen Herrn mittelbaren Besitz zweiten Grades, ohne daß er sein Verhältnis zu dem Herrn dem Vertragsgegner kundtun müßte.

III. Exkurs: Hat der Vertreter bei Abschluß des Zessionsvertrags offen im Namen des Vertretenen zu handeln, wenn dieser unmittelbar den zedierten Anspruch erwerben soll und muß der Zedent — das mag des Zusammenhangs halber mitbehandelt sein — bei der Abtretung offen im Namen des wahren Berechtigten auftreten?

Diese Frage wird, soviel ich sehe, gewöhnlich bejaht. Vor allem hat Lenel[1] unter der Zustimmung anderer Autoren den Satz aufgestellt, bei Abtretung von Forderungen sei der Name des Forderungsberechtigten unentbehrlich zur Individualisierung des Verfügungsobjektes.

Die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage hängt in erster Linie davon ab, wie man den Abtretungsver-

[1] Iherings J. Bd. 36 S. 10 ff.; ebenso Rümelin Arch Civ Prax. Bd. 93 S. 183.

trag rechtlich beurteilt. Soviel nun aber über den sachenrechtlichen Verfügungsvertrag im heutigen und im früheren Recht geschrieben worden ist, so wenig würdigte man den Verfügungsvertrag über Forderungen einer genaueren Betrachtung. Die Abtretung wird allgemein als dinglicher Vertrag [1], als Verfügung [2] oder als ein unmittelbare Rechtsänderung herbeiführender Rechtsakt bezeichnet. Die Aehnlichkeit mit dem dinglichen Verfügungsakt auf dem Gebiet des Sachenrechts ist einleuchtend. Die Uebereignung einer Sache kann sehr wohl als Abtretung des Eigentumsrechts an ihr angesehen werden und andererseits kann man, wie z. B. das Allgem. Landrecht I 11 § 376, bei der Abtretung von Ueberlassung des Eigentums am Recht reden: beides ist Uebertragung rechtlicher Macht. Nur vollzieht sich hier vermittelst Einigung und Uebergabe oder Eintragung, was dort der bloße Vertrag zustande bringt. Besonders nahe kommen sich beide dann, wenn die Uebertragung des Sacheigentums nicht sofort zu einer unmittelbaren Herrschaft des Erwerbers über die Sache führen kann, weil ein Dritter zur Zeit der Uebereignung die Sache besitzt: hier besteht die Uebereignung in der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs, die den Regeln über die Abtretung im Obligationenrecht nach § 413 untersteht und ihrerseits zugleich Bestandteil des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäftes nach § 931 ist [3].

Wie die sachenrechtliche Einigung besteht der Abtretungsvertrag aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, auf die die Bestimmungen des Allgemeinen Teils Anwendung finden können, aber nur soweit das die Natur dieses Rechtsgeschäftes zuläßt. Denn obwohl unzweifelhaft ein Rechtsgeschäft, Willenserklärungen, Rechtsfolgewillen vorliegen, können deshalb

[1] Vgl. Motive II 120, Entwurf I § 294.

[2] Vgl § 573 BGB. Ueber das Verfügungsgeschäft Planck I³ S. 185. Sohm, Der Gegenstand § 2 S. 7 ff.

[3] Vgl. auch Sohm, Die Widerspruchsklage S. 103 ff. Immerhin darf nicht vergessen werden, daß das Gesetz bei diesen Geschäften nicht bloß der Form nach, in der sie vorgenommen werden müssen, eine verschiedene Behandlung zuteil werden läßt. Es hängt mit der verschiedenen Natur ihrer Objekte zusammen, daß der gutgläubige Erwerb bei der Sachübereignung in weitgehendstem Maß geschützt ist, während beim Forderungserwerb dieser Schutz in § 405 nur eine sehr bescheidene Rolle spielt.

doch gerade hier die § 104 ff. des Allgem. Teils nur mit mehr oder minder großen Abänderungen angewendet werden.

Insbesondere erhebt sich, wenn man den Abtretungsvertrag den Grundsätzen der Stellvertretung unterstellt die Frage, wie es mit dem Offenheitsprinzip des § 164 BGB. zu halten ist. Der Zessionsvertrag ist ein Leistungsgeschäft, das einen fundamental andern Charakter als ein bloßes Verpflichtungsgeschäft hat, ihm liegen andere Zwecke und Aufgaben zugrunde, als den obligationsbegründenden Verträgen. Sie bedingen eine andere rechtliche Behandlung. Diese muß dahin führen, daß, ebensowenig wie beim Uebereignungsgeschäft, beim Abtretungsvertrag der Vertreter ausdrücklich im Namen seines Herrn zu handeln hat, um direkte Wirkungen für den letzteren zu erzielen: das Offenheitsprinzip des § 164 BGB. hat hier keine Stätte. Solange also der Interessenvertreter nicht positiv einen Eigenerwerbswillen betätigt hat, sind die Forderungen direkt seinem Herrn erworben, mag er nach außen aufgetreten sein, wie er will — vorausgesetzt, daß der Zedent nicht ausnahmsweise den Abtretungsvertrag auf die Person des Vertreters stellen wollte[1].

Aber eine andere Schwierigkeit erhebt sich beim Abtretungsvertrag. Ist die Person des Gläubigers vertragswesentlich? Sie wäre es jedenfalls, wenn wir mit Lenel annehmen müßten, daß zur Individualisierung einer Forderung die Benennung des Gläubigers erforderlich sei.

Die Verfügung über eine fremde Forderung setzte dann allerdings nicht rechtlich, aber doch tatsächlich voraus, daß man ausdrücklich in fremdem Namen handelte. Lenel meint, die Forderung des A gegen B sei etwas ganz anderes, als die Forderung des C gegen B, auch wenn beide Forderungen, abgesehen von der Person des Gläubigers, völlig inhaltsgleich seien. Wäre das wirklich richtig, so müßte jede Forderung durch Abtretung ihren Inhalt ändern [2].

---

[1] Das Problem ist dasselbe, wie bei der dinglichen und bei der besitzrechtlichen Einigung. Vgl. daher das im vorigen Paragraphen S. 95 Anm. 1 Gesagte.

[2] Dieser Ansicht sind z. B. Planck [3]II Bem. 1 zu § 399. Windscheid II § 329, Anm. 2.

Durch die Abtretung überträgt der Zedent an den Zessionar eine bereits bestehende und durch ihren Entstehungsgrund genau bestimmte Forderung, so wie sie ist, auf den neuen Gläubiger. Durch die bloße Uebertragung wird die Obligation in ihrem rechtlichen Bestand nicht verändert. Wenn der neue Gläubiger, was z. B. die Ausnützung seiner Machtstellung betrifft, sich anders zum Schuldner verhält, als der alte Gläubiger, so liegt das rein auf dem Gebiet des Tatsächlichen. Eine rechtliche Aenderung wird nicht bewirkt, zumal die Stellung des neuen Gläubigers rechtlich genau abgegrenzt und inhaltlich mit der des alten Gläubigers identisch ist. Das ist ja gerade der Gedanke der Singularsukzession. Das Eigentumsrecht einer tradierten Sache verändert sich doch auch nicht je nach dem Gebrauch, den der jeweilige Eigentümer mit der Sache macht[1]. Tatsächlich kann natürlich durch Uebergang auf einen unduldsameren, energischeren Gläubiger die Stellung des Schuldners eine andere werden, aber nicht rechtlich. Dieselbe Wandlung konnte aber beim alten Gläubiger eintreten, wie auch im Falle der Beerbung des alten Gläubigers. Mit derartigen Möglichkeiten, die rein auf dem Gebiete des Tatsächlichen liegen, muß jeder Schuldner stets rechnen. Sie dürfen nicht benützt werden, die Person des Gläubigers für ein wesentliches Element der Forderung zu erklären[2].

Hiebei ist ausgegangen von Forderungen auf Leistung von Waren oder Geld, von Gegenständen des Markt- oder Börsenverkehr, also Ansprüchen, wie sie gerade § 868 voraussetzt. Anders liegt die Sache, wenn die Parteien, was durchaus möglich ist, die persönlichen Verhältnisse des Gläubigers zu einem inhaltsbestimmenden Vertragselement erheben, ihnen also besondere rechtliche Bedeutung verleihen.

[1] Schon Brinz hat auf die Behauptung, das Rechtsverhältnis sei nicht mehr dasselbe, wenn die Personen nicht mehr dieselben seien, den Einwurf gemacht, dann sei auch das Eigentumsrecht des Titius nicht mehr dasselbe, das es bei Sejus war, von dem er es überkommen habe. Kritische Blätter Nr. 2 S. 34.

[2] Für die im Text vertretene Auffassung spricht der Wortlaut des § 399: eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Vgl. v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des BGB. 1910 S. 219 ff.

Die Person des Schuldners, seine Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit, seine Vermögenslage bildet ausdrücklich oder stillschweigend stets den indirekten Gegenstand des Schuldverhältnisses; seine Person ist, im Gegensatz zu der des Gläubigers, stets wesentlich. Das zeigt sich vor allem darin, daß Schuldnerwechsel ohne Gläubigereinwilligung nicht erlaubt ist und der Gläubiger sich keinen neuen Schuldner aufdrängen zu lassen braucht: es wäre ein äußerst billiges Mittel, Schulden loszuwerden, wenn man sie auf eine so wie so mittellose Person, die persönlich an einem solchen Geschäft nichts riskiert, übertragen könnte.

Anders die Person des Gläubigers, sie ist — und das gilt als allgemeine Regel [1] — für das Schuldverhältnis von untergeordneter Bedeutung. Beweis: die freie Abtretbarkeit der Forderung ohne jede Einwilligung und Mitwirkung des Schuldners [2]. Nun gibt es aber Ausnahmen von dieser Regel, vor allem bei Dienstverträgen, Aufträgen usw. Hier spielt natürlich die Person des Schuldners eine ganz besonders wichtige Rolle; aber auch die des Gläubigers [3] kann von Bedeutung sein [4]. Der Schuldner ist hier

[1] Planck [3]II Vorbem. 1 a vor § 398, vgl. aber auch Bem. 1 zu § 399.

[2] Denuntiation ist heute nicht mehr erforderlich, wie im gemeinen Recht, um den Uebergang des Rechtes vom Zedenten auf den Zessionar zu perfizieren. Allerdings war diese früher herrschende Ansicht für das gemeine Recht lebhaft bestritten, vgl. Windscheid, Bd. II § 331 Anm. 8. Doch wird man sich ihr in Rücksicht auf die ganze historische Entwicklung im römischen Recht anzuschließen haben. Das französische Recht fordert, nach a. 1690 des code civil, à l'égard des tiers entweder signification du transport faite au débiteur oder die acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. Anders das schweizerische Obligationenrecht Art. 183.

[3] Doch können selbst solche Dienstverträge, die einen höchstpersönlichen Charakter zu haben scheinen, ausnahmsweise in anderer Gestalt vorkommen. So haben die Pariser Künstler vor kurzem zugunsten der durch die Ueberschwemmung Geschädigten eine Lotterie veranstaltet, bei der die Gewinne teils in von ihnen gestifteten, fertigen Bildern, teils in Gutscheinen bestanden, auf denen sich die angesehensten Maler und Bildhauer wie Bonnat, Saint-Marceux, Flameng, Chabas, Baschet usw. unterschriftlich verpflichteten, von dem Gewinner ein Porträt oder eine Büste anzufertigen (vgl. Annales politiques et littéraires 1910 Nr. 1399).

[4] Vgl. z. B. die Uebersicht bei Rehbein Bem. 9 zu den §§ 398 ff.

zweifellos nur verpflichtet, seine Dienste seinem Gegenkontrahenten zur Verfügung zu stellen (§ 613 B). In solchen Fällen ist die Person des Gläubigers ein Essentiale negotii, ein wesentliches Element des Schuldverhältnisses [1]. Es gilt dann stets ein pactum de non cedendo als stillschweigend oder ausdrücklich vereinbart oder als gesetzlich angeordnet. Damit ist die Regel der freien Abtretbarkeit, also die Regel der Unbeachtlichkeit der Person des Gläubigers, außer Kraft gesetzt; ein solches Pactum wirkt, als Ausnahme vom Prinzip des § 137, dinglich nach § 399 BGB.

Damit ein Vertrag sei, bedarf es der Person eines Gläubigers [2]. Eine nähere Individualisierung seiner Person ist nicht erforderlich. Durch den Abschluß des Vertrags ist ein Vermögenswert, ein Gegenstand des Rechtsverkehrs, geschaffen. Das Verhältnis des Gebundenseins der beiden Parteien tritt in der heutigen Betrachtungsweise völlig zurück hinter die in der Forderung verkörperte Aussicht und Rechtsmacht, eine bestimmte Sachleistung zu erhalten und erzwingen zu können. Das heutige Recht, die heutige Verkehrsauffassung faßt die Schuldverhältnisse objektiv [3]. So ob-

---

Hauptsächlich die auf dem Gesetz beruhenden Forderungen hängen von den persönlichen Verhältnissen des Gläubigers ab und werden durch sie inhaltlich bestimmt: so die Alimentationsforderung, die actiones vindictam spirantes: Vgl. § 847, 1300 BGB., 444 StPO. Vgl. 1623, 1427, 1585; 717, 514, 613 BGB; 664 Abs. 2 HGB.

[1] Man spricht bei einer Gruppe solcher Rechte von höchst persönlichen Rechten. In all diesen Fällen setzt die Obligation eine bestimmte Person mit bestimmten Eigenschaften voraus, so daß das Recht nur von der so qualifizierten Personen ausgeübt werden kann. Von solchen Ansprüchen werden einige nachträglich abtretbar, wenn nämlich erst einmal ihr Inhalt, der von gewissen Voraussetzungen in der Person des Gläubigers abhing, fest fixiert ist. So können die Ansprüche auf Ersatz des Nichtvermögensschadens nach §§ 847, 1300 abgetreten werden, wenn sie anerkannt oder rechtshängig sind, d. h. wenn sicher ist, daß und was der Gläubiger verlangt und zu verlangen berechtigt ist, wenn sie also durch Tatsachen oder Ereignisse in der Person des Gläubigers, durch die sie ihren Inhalt empfangen, rechtlich und tatsächlich in ihrem Inhalt festgelegt sind. Vgl. v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des BGB. S. 224.

[2] Windscheid, Actio S. 152.

[3] So C. G. Bruns, Holtzendorffs Encykl. 1 S. 359, der wohl auch für das moderne Recht etwas weit geht in der Anerkennung der Loslösung

jektiv, daß es Schuldverhältnisse mit subjektiv unbestimmten, nur objektiv bestimmten Gläubigern in großer Zahl gibt [1]. Es kann z. B. die Gläubigerschaft an ein anderes Rechtsverhältnis geknüpft sein, so daß die Inhaberschaft dieses Rechts oder Rechtsverhältnisses zugleich die Gläubigerschaft des anderen mit sich bringt: Notweg, Ueberbaurente (§ 912, 917, 984) [2].

— —

des Schuldverhältnisses von der Person eines bestimmten Schuldners. „Den Römern ist die Person die Hauptsache, die Obligation nur Attribut, subjektive Berechtigung und Verpflichtung der Person. Wir dagegen sehen die Obligation als objektives Verhältnis an, welches verschiedene subjektive Träger haben kann, ohne seine rechtliche Natur an sich zu verändern". Besonders deutlich drückt die Objektivierung aus: Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden, 1853 S. 10: „Obligatio einerseits und Forderung nebst Schuld andererseits sind identisch, aber ebenso sehr verschieden. Obligatio ist ein lebendiges Verhältnis zwischen Personen, Forderung und Schuld sind der feste sachliche Niederschlag desselben. Obligatio drückt das subjektive Verhalten, Forderung und Schuld drückt das objektive Verhalten desselben Begriffs aus. Obligatio ist ihrer Natur nach ein vorübergehender Entwicklungsprozeß, Forderung und Schuld existieren, insofern sie als ruhend, als dauernd gedacht werden. Von Obligatio sprechen wir, indem wir die Personen in ihrem Verhältnis zu einander betrachten, von Forderung und Schuld, indem wir das Ergebnis ihres gemeinsamen Willens, als Gegenstand des Verkehrs, als für andere seiend, anschauen, ... Obligatio geht zu Grunde in der Erzeugung von Forderung und Schuld, aber als Grund existiert sie in ihm fort". S. 14: „Es ist nicht zu verkennen, daß Forderungen und Schulden, insofern sie als Sachen gedacht werden, eine eigentümliche Natur annehmen, sie gehören alsdann weder zum Sachenrecht, noch zum Obligationenrecht. Zwar entstehen sie aus Obligationen und gehören in dieser Beziehung dem Obligationenrecht an; allein sie überschreiten dies Gebiet, indem sie der Substanz nach von einem Vermögen in das andere übertragen werden können. Dem Sachenrecht gehören sie an, insofern sie als Sachen gelten und Fruchtgenuß, sowie Veräußerung gestatten. Sie entziehen sich aber dennoch wieder den Grundsätzen dieses Gebiets, indem sie nur Werte, vorgestellte Sachen sind und Besitz an ihnen nicht denkbar ist". Gegen Delbrück vor allem Kuntze: Die Obligation und die Singularsuccession S. 78 ff, insbes. S. 98 ff.

[1] Ferner Schuldverhältnisse, die von vornherein auf einen raschen Wechsel der Gläubiger angelegt sind. Vgl. hiezu Stammler, Die Unbestimmtheit des Rechtssubjekts, 1907, wo sich insbesondere S. 6 ff, 12, Fälle und Beispiele finden. Vgl. Windscheid II § 291, I § 59; Savigny, System 2, 374 ff. Obligationen-Recht 1, 131 ff.

[2] Auch eine derartige Schuldnerschaft ist möglich, hauptsächlich eine

Unser Recht kennt ferner die Möglichkeit, durch Vertreter Verträge schließen zu lassen für Rechnung, wen es angeht (H. § 781 ff.). Vollends beim Inhaberpapier spielt die Person, die Individualität des Gläubigers, keine Rolle.

Die Person des Gläubigers kommt auch vom ökonomischen Standpunkt aus kaum in Betracht. Kauft jemand eine Forderung, so wird für ihn die Person des Schuldners und seine Leistungsfähigkeit die erste Rolle spielen; ferner ist natürlich der rechtliche Bestand der Forderung (Kündigungsfrist, Stundung, Behaftetsein mit Einreden) und etwaiger Sicherungsmittel von Wichtigkeit, nicht aber die Person des früheren Gläubigers.

Eine wirkliche Veränderung erleidet das Schuldverhältnis durch einen Wechsel in der Person des Gläubigers weder in seinem rechtlichen Bestand[1], noch in seiner ökonomischer

---

Verbindung mit dem Eigentumsrecht an einem Grundstück. Aus dem römischen Recht wäre etwa die servitus oneris ferendi (Windscheid I § 211 a A. 3) zu nennen. Allerdings konnte im römischen Recht auf rechtsgeschäftlichem Weg ein Grundstück nicht durch eine Obligation belastet werden, die in der Art einer Reallast stets auf den Rechtsnachfolger des Eigentümers überging. Das besagen ausdrücklich l. 81 § 1 D. 18, 1 und l. 12 D. 33, 1; vgl. übrigens bezüglich der Emphyteuse Windscheid I § 220 Anm. 5, ferner die Noxalklagen, die actiones in rem scriptae u s f. Aus dem BGB. vgl. § 836 ff., 1105 ff.

[1] Vgl. Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit 1893, bes. S. 21 ff. Genaue Literaturangabe über die im gemeinen Recht viel erörterte Frage der Identität des Rechts, insbesondere bei Subjektswechsel Windscheid I § 64 A. 6, II § 329 Anm. 2. Er ist für die Identifizierung des Rechts durch den Erzeugungstatbestand (Entstehungsgrund). An anderer Stelle hat sich Windscheid zu einer anderen Ansicht bekannt. (Die Singularsukzession in Obligationen, Ges. Reden und Abh. S. 208). „Dem Gläubiger ist [durch die obligatio] der Wille des Schuldners gebunden; das Band, mit dem ihm derselbe gebunden ist, gibt er einem anderen in die Hand; dieser hat es nun; ist das Band nicht mehr dasselbe, weil ein anderer es in der Hand hält?“ Vgl. Mitteis, Die Individualisierung der Obligation S. 1 ff. insbesondere S. 5. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 116 ff. Salpius, Novation und Delegation. Eigenartig Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession S. 63 ff. Hartmann: Die Obligation, 1875, S. 147 ff, insbes. S. 155 ff. kommt (S. 159) zu dem Schluß: „Die Momente, welche die Individualität einer Obligation bedingen, sind das besondere Zweckmoment und der besondere juristische Entstehungsgrund. Hingegen kann sie, unbe-

Wertung. Die moderne Handels- und Verkehrsanschauung hat sich gewöhnt, in dem gewöhnlichen Schuldverhältnis von der Person des Gläubigers abzusehen, in ihm nicht mehr eine Rechtsbeziehung zweier bestimmter Personen zu erblicken, sondern nur die Leistung, wie sie durch das Schuldverhältnis, gefordert werden kann, in ihrer Einbringlichkeit garantiert durch die Person des Schuldners. Ganz anders das römische Recht[1], das die Person des Schuldners und die des Gläubigers für einen wesentlichen Bestandteil jeder Obligation hielt und das deshalb ursprünglich keinen Wechsel auf Gläubiger- oder Schuldnerseite gestattete. Das einmal geschlossene iuris vinculum konnte nicht abgestreift und auf einen anderen übertragen werden[2].

So kann man wohl Lenel nicht beistimmen, wenn er behauptet, die Forderung des A gegen C sei etwas anderes, als die Forderung des B gegen C, auch wenn sie ganz gleichen Inhalt hätten. Objektiv betrachtet sind beide gleichwertig. Zur Individualisierung eines Schuldverhältnisses ist freilich die Be-

schadet ihrer Individualität, ihrem Begriff nach in Beziehung zu mehreren sukzessiven oder gleichzeitigen Subjekten gedacht werden. Es gehört also nicht zu ihrem Wesen, eine bloß subjektiv rechtliche Beziehung zwischen zwei bestimmt gegebenen Personen zu sein". Gegen seine Lehre vom Zweckmoment Mitteis S. 8 ff., G. Rümelin, Obligation und Haftung, Arch.Civ.Prax. 68 S. 213. Vgl. neuestens v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des BGB. 1910 S. 268 ff., 219 ff.

[1] Vgl. Puchta § 273, der auch hier was mehr oder weniger zufällige historisch bedingte Einrichtung war, für ewige, naturnotwendige, logische Begriffswahrheit hält: die Unübertragbarkeit der Obligation sei nicht in einer Singularität des römischen Rechts, sondern im Wesen der Obligation begründet.

[2] Das ältere deutsche Recht nahm einen ähnlichen Standpunkt ein, wie das römische Recht: Brunner, ZHR. Bd. 22 S. 522 ff.; Grundzüge S. 189, vgl. aber auch Stobbe ZHR. Bd. 11 S. 397 ff. Die modernen Rechte fassen die Obligation als „einen objektiv festen Vermögensbestandteil" auf und legen auf die Personen der am Schuldverhältnis Beteiligten kein großes Gewicht mehr: vgl. code civil 1689, 1690. Allgemeines Landrecht I 11 § 376. Oest. BGB. § 1392 ff. Schweizer. Obligationenrecht § 183. Codice civile 1267. Vgl. Schollmeyer Bem. 1 vor § 398 siehe ferner die rechtsvergleichenden Bemerkungen, sowie Literaturangaben bei Post, Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz Bd. 2 S. 616 f.

zeichnung der Person des Gläubiger eher erforderlich, als bei der Verfügung über eine Sache die Bezeichnung des Eigentümers. Für die Wirksamkeit einer getroffenen Verfügung ist die Person des Veräußerers wegen ihrer Sachlegitimation, aber nicht für ihren Inhalt [1] von Bedeutung. Aber das ist doch ebenso bei der Verfügung über eine Forderung, wie bei der über eine Sache.

Lenel meint nun einen Gegensatz zwischen Sache und Forderung konstruieren zu können, weil bei der Forderung zur Individualisierung die Nennung des Gläubigers nicht entbehrt werden könne, während das bei Verfügungen über Sachen nie erforderlich sei. Schon letzteres ist anfechtbar, aber noch mehr der Schluß Lenels aus ersterer Behauptung, nämlich fremde Forderung könne man überhaupt nur als fremde, d. h. im Namen des Gläubigers veräußern; veräußere man eine fremde Forderung als eigene, so habe man über ein Nichts verfügt; die wirklich bestehende Forderung werde von der Verfügung nicht betroffen, auch wenn die Verfügung mit Genehmigung des wirklich Berechtigten erfolge. Denselben Einwand könnte man aber ebensogut auch bei der Verfügung über ein fremdes Eigentumsrecht machen: man habe ein gar nicht existierendes Eigentumsrecht veräußert, wenn man über eine fremde Sache ausdrücklich als über eine eigene in eigenem Namen verfügt.

Ein Mittelglied zwischen Verfügung über Sachen und über Forderungen bilden die Verfügungen über den dinglichen Eigentumsanspruch. Er wird doch jedenfalls durch Angabe der Sache, auf die er sich bezieht, genügend individualisiert, die Person des wahren Berechtigten braucht nicht angegeben zu werden, um darüber keinen Zweifel zu lassen, welcher Anspruch abgetreten werden soll. Dem dinglichen Herausgabeanspruch nahe stehen die Ansprüche aus obligatorischen, sich auf eine bestimmte Sache beziehenden Rechtsverhältnissen, wie sie zur Besitzvermittlung nach § 868 dienen. Auch bei ihnen bedarf es der Angabe des wahren Gläubigers nicht, um eine gültige Willenseinigung über die Abtretung zustande zu bringen; es genügt Bezeichnung der Sache und der rechtlichen Qualifikation des Anspruchs, um ihn so zu individualisieren, daß kein

[1] Lenel a. a. O. S. 10.

Zweifel bestehen kann, welcher Anspruch Gegenstand der Abtretung ist.

Ein Beweis gegen die Ansicht Lenels ergibt sich für das geltende Recht aus § 185, der von Verfügung eines Nichtberechtigten spricht. Darunter versteht die herrschende Meinung Verfügung im eigenen Namen[1]. Unter die Verfügungen werden aber nach allgemeiner Ansicht im Sinne des § 185 auch Verfügungen über Forderungen (Abtretung, Verpfändung) subsumiert[2]. Damit ergibt sich ohne weiteres, daß das BGB. sogar selbst die Zulässigkeit von Verfügungen über fremde Forderung in eigenem Namen voraussetzt. Um Lenels Beispiel zu benützen: wenn ein vermeintlicher Erbe über eine Erbschaftsforderung verfügt und der wahre Erbe die Verfügung genehmigt[3], warum sollte sie ungültig sein, während doch unbestritten die Verfügung über eine Erbschaftssache gültig wäre? Es handelt sich hier um die Verfügung über eine Forderung, von der der Verfügende und mit ihm auch andere Personen, insbesondere der Schuldner, annehmen, daß sie dem Verfügenden zustehe. Da dürfte doch die Individualisierung des Verfügungsgegenstandes genügend sein und nicht zu Zweifeln Anlaß geben[4].

Man kann sehr wohl über eine Forderung an X. z. B. verfügen, ohne ihr Gläubiger zu sein und ohne im Namen des wahren Gläubigers zu handeln, obwohl man weiß, daß man nicht selbst Gläubiger ist, wenn dadurch nur die Individualisierung des Verfügungsgegenstands nicht in Frage gestellt wird. Die Bezeichnung des Schuldners und des genauen Gegenstands der Leistung, sowie des rechtlichen Bestandes der Forderung genügen in

---

[1] Planck I[3], Bem. 3 zu § 185. Oertmann, Bem. 3 vor § 182. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob § 185 sich auch auf Vertretergeschäfte bezieht.

[2] Planck, Bem. 2 zu § 185. Oertmann, Bem. 2 b zu § 185.

[3] Vgl. auch § 2366/7.

[4] Eigenartig gelagerte Fälle von Verfügungen über fremde Forderungen in eigenem Namen behandelt Strohal, Schuldübernahme S. 8 ff.: wenn nämlich ein Nichtgläubiger mit dem Neuschuldner die Schuldübernahme vollzieht, verfügt er über das Forderungsrecht des wahren Gläubigers.

den hier voraus gesetzten Fällen zur Individualisierung, auch wenn der Gläubiger nicht genannt ist und der Veräußerer nicht erkennen läßt, daß er nicht selbst der Gläubiger ist[1]. Die Willenseinigung der Parteien kann sich ihrem objektiven Sinn nach trotzdem auf die fremde Forderung beziehen. Daß das Kausalgeschäft (der Kauf der Forderung usw.) gültig ist, wird von niemand bezweifelt, mag beim Abschluß darauf hingewiesen sein, daß die Forderung eine fremde ist oder nicht. Und ebenso dürfte der objektive Sinn der Willenserklärungen des Abtretungsvertrags sich darauf beziehen, daß die vom Veräußerer ins Auge gefaßte und näher bezeichnete Forderung abgetreten sein solle, möge sie nun ihm gehören oder nicht, es müßte denn der Erwerber ausdrücklich oder doch erkennbar nur die Forderung als eine dem Veräußerer zustehende erwerben zu wollen erklärt haben. Das wird aber in den meisten Fällen nicht der Sinn seiner Erklärung sein; ihm wird es in erster Linie um den Leistungsgegenstand zu tun sein, den er sich durch Erwerb der Forderung zu verschaffen wünscht. Wenn nur die Verfügung gültig ist, so hat er kein Interesse an der Forderungszuständigkeit.

Die Nennung des wahren Gläubigers ist also nicht unter allen Umständen zur Individualisierung der Forderung erforderlich und selbst eine unrichtige Angabe des Gläubigers vermag den objektiven Sinn der Erklärung meist nicht in Zwei-

[1] Praktisch wird sich die Verfügung über eine fremde Forderung als über eine eigene und in eigenem Namen äußerlich so vollziehen, daß der Vertreter behauptet, ihm gehöre die Forderung. Durch diese Angabe wird die Abtretung nicht ungültig, denn die Forderung ist genau individualisiert und der wahre Gläubiger stimmt der Abtretung zu; das ist wenigstens bei Veräußerung durch mittelbare Stellvertreter vorauszusetzen. Verlangt der Zessionar eine Abtretungsurkunde, so wäre es möglich, daß der Vertreter, um sein Verhältnis zum wahren Gläubiger nicht aufzudecken, eine Urkunde über eine an ihn von seiten des letzteren erfolgte Abtretung vorlegt, die den Vertreter zum fiduziarischen Gläubiger macht, nur zum Zwecke dieser Weiterveräußerung. Es liegt dann ein ähnliches Verhältnis wie bei der fiduziarischen Inkassozession vor. Es macht sich eben auch auf dem Gebiet des Forderungsrechts das Bedürfnis geltend nach einer Ermächtigung über einen fremden Gegenstand in eigenem Namen gültig verfügen zu können, wie das in § 185 I gesetzlich anerkannt ist. In der genannten fiduziarischen Zession sind solche Ermächtigungsgeschäfte zu sehen.

fel zu stellen. Zuzugeben ist, daß die Möglichkeit eines Dissenses bei falscher Gläubigerbezeichnung vorkommen kann und daß dies bei Forderungen eher der Fall sein wird, als bei Sachen.

Bisher ging die Erörterung in erster Linie von der Annahme aus, daß der Veräußerer über fremde Forderung als eigene in eigenem Namen verfügt. Sehr wohl möglich ist aber, daß der Veräußerer erkennen läßt, ein anderer sei der wahre Gläubiger der Forderung, daß er sie aber trotzdem im eigenen Namen, aber als fremde veräußert. In diesem Fall — es kann sogen. offene indirekte Stellvertretung vorliegen — ist die Gefahr ungenügender Individualisierung noch weit mehr ausgeschlossen, als bei Verfügungen über fremde Forderung als über eigene in eigenem Namen. Die Gleichstellung der Verfügung im eigenen Namen mit der Verfügung über eine Forderung als über eine eigene [1] erscheint nicht berechtigt.

Auch ein weiteres Argument Lenels [2] kann jedenfalls, für das heutige Recht, nicht als richtig anerkannt werden. Er meint bei der Entgegennahme der Erfüllung, wie bei allen auf die Tilgung der Forderung gerichteten Rechtsgeschäften, die ja ebenfalls als Verfügungen gelten, müsse der scheinbare Gläubiger im Namen des wirklichen Gläubigers aufgetreten sein, damit wirkliche Erfüllung vorliege. Auch hier nimmt das BGB. einen anderen Standpunkt ein. Es läßt Erfüllung nach § 362 Abs. 2 auch bei Leistung an einen Dritten, der nicht der wirkliche Gläubiger ist, eintreten, wenn nur objektiv der Gläubiger die Genehmigung dazu erteilt hat. Wie bei der Einziehung der Forderung der Einziehende handelte [3], ist einerlei, ja die

[1] So Lenel, Iherings J. Bd. 36 S. 10/11. Gegen die Identifizierung der Erklärung, daß die veräußerte Sache eine fremde sei, mit der Veräußerung in fremdem Namen: Hupka, Vollmacht S. 71 f.; Rümelin Arch.Civ.Prax. Bd. 93 S. 154; Leonhard a. a. O. S. 106 ff.; Kipp bei Windscheid § 73; Zitelmann, Das Recht des BGB. S. 141. Diese Autoren gehen allerdings alle von Sachveräußerungen aus.

[2] A. a. O. S. 11.

[3] Macht der, der eine fremde Forderung einzieht, sie in eigenem Namen geltend, so wird der Schuldner die Leistung ohne Nachweis der Einwilligung des wahren Gläubigers verweigern. Es können im einzelnen Fall jedoch die Umstände so liegen, daß der Einziehende verfügungsberechtigt erscheint: er gilt für den Erben des verstorbenen

Berufung auf § 185 in § 362 Abs. 2 zeigt, daß das Gesetz gerade von einem Fall des Handelns in eigenem Namen ausgeht. Natürlich muß bei der Leistung des Schuldners hervorgehen, daß sie erfolgte zum Zweck der Erfüllung der dem wahren Gläubiger zustehenden Forderung: d. h. es muß zwischen dem leistenden Schuldner und dem Einziehenden Einverständnis über die Identität der zu erfüllenden Forderung bestehen.

Eine Verfügung über fremde Forderungen in eigenem Namen kann also sowohl einem Dritten, als auch dem Vertragsschuldner gegenüber tatsächlich vorkommen, sie ist rechtlich gültig bei objektivem Vorliegen der Einwilligung des wahren Berechtigten.

Bei Vertretung auf der Veräußererseite ist also die einzig entscheidende Frage[1], auf die es ankommt, mag es sich um Verfügung über Forderungen oder über Sachen handeln, die: ist der Veräußerer sachlich legitimiert durch Rechtszuständigkeit oder Verfügungsermächtigung? Fehlt die Verfügungsmacht, so hilft bei Forderungen den Erwerber sein guter Glaube nichts, aber er kann sich aus dem Grundgeschäft an den Veräußerer halten. Ein Verfügen über fremde Forderungen in eigenem Namen ist, was die tatsächliche Seite betrifft, solange möglich, als dadurch die Individualisierung des Anspruchs nicht notleidet. Das trifft gerade in den Fällen der Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Zweck der Besitzvermittelung wohl schwerlich zu, da der Anspruch auf ein bestimmtes Objekt geht und durch das Objekt, sowie die Person des Schuldners genügend deutlich bezeichnet ist, um eine Verwechslung und einen Dissens der Parteien auszuschließen. Das gilt von

Gläubigers oder legt eine gefälschte oder widerrufene Vollmachtsurkunde vor. Oder er hat im Auftrage seines Herrn einen Vertrag mit dem Schuldner geschlossen, ohne ihm gegenüber kund zu tun, für wen er handelt und zieht nun, obwohl er die Forderung bereits an seinen Auftraggeber abgetreten hat, die Leistung im eigenen Namen ein. Die Befreiung des Schuldners hängt hier lediglich von der Erteilung der Einwilligung des eigentlichen Gläubigers ab, solange nicht etwa Sonderregeln des Zessionsrechts Platz greifen.

[1] Natürlich muß es sich um eine res habilis handeln, um eine Forderung die nach § 399 BGB. überhaupt abtretbar ist.

den obligatorischen Ansprüchen ebenso gut, wie vom dinglichen Eigentumsanspruch des § 985.

Von mangelhafter Individualisierung des Anspruchs kann nicht die Rede sein, wenn die Vertretung auf der Erwerberseite stattfindet. Hier geht die Frage nicht nach der Gültigkeit des Geschäfts, sondern nach der Person des Erwerbers. Die Abtretung ist ein Vertrag, dessen Inhalt von dem erklärten Willen der Parteien abhängt. Es erwirbt aus der Abtretung der Vertreter, wenn die Willenseinigung der Vertragschließenden dahingeht; es erwirbt direkt der Vertretene, wenn Veräußerer und Vertreter darin übereinstimmen, mag nun das Kausalgeschäft auf den Namen des einen oder des anderen gehen. Wenn keine bestimmte Willensrichtung erkennbar ist, muß der in den Kausalverhältnissen der Parteien objektivierte Wille zur Feststellung des objektiven Sinnes des Abtretungsvertrags herangezogen werden.

Daraus, daß die Abtretung meist nicht ausdrücklich erklärt zu werden pflegt und die stillschweigenden Erklärungen in dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft (Kauf, Schenkung usw.) enthalten sind, darf kein falscher Schluß gezogen werden. Das der Abtretung zu Grunde liegende Kausalgeschäft setzt im Zweifel ein erkennbares auf fremden Namen Handeln voraus, wenn die Wirkung direkt beim Vertretenen eintreten soll. Beim mittelbaren Vertreter ist aber gerade Voraussetzung, daß er die Kausalbeziehungen zu seinem Gegenkontrahenden auf seinen eigenen Namen abschließt. Wenn nun aber auch dieselben Willenserklärungen sowohl das Kausalgeschäft, als auch zugleich den Abtretungsvertrag enthalten, so ist damit noch nicht gegeben, daß ihr objektiver Sinn beidemal derselbe sein, also beidemal auf den Vertreter hinweisen müßte. Bloß aus dem Umstand, daß der objektive Sinn des Kausalgeschäftes infolge der Regel des § 164 BGB den Vertreter als Kausalgläubiger ergibt, folgt noch nicht, daß auch der objektive Sinn des Zessionsvertrags auf den Vertreter als Erwerber lauten müsse. Es ist ja eben ein Vorzug unseres deutschen Rechtes, daß wir theoretisch den Abtretungsvertrag als abstraktes Rechtsgeschäft von dem Kausalvertrag sondern. Das französische Recht beispielsweise ist zu einer solch klaren Scheidung nicht gekommen und behandelt die Zession bald als eine Art Kauf, bald als

eine Art Schenkung[1]. Deswegen, weil die Abtretungserklärungen nicht ausdrücklich abgegeben werden, unterstehen sie also nicht indirekt doch dem Offenheitsprinzip des § 164 BGB. Das Resultat ist somit: weder rechtlich noch tatsächlich ist die Zession dem Offenheitsprinzip unterworfen.

Dies Ergebnis darf nicht überraschen. Wir stehen auch hier auf gesetzlich anerkanntem Boden. Nicht bloß das HGB. behandelt in seinem oft erörterten § 392 den Kommittenten als den eigentlichen Berechtigten aus dem Erwerb seines Kommissionärs und gibt letzterem nur eine Art fiduziarischer Rechtsinhaberschaft, sondern auch das BGB. bestimmt in dem viel zu wenig beachteten Abs. 2 des § 1381 [2] ausdrücklich, daß die Frau unmittelbar aus dem Erwerb des Mannes Rechte an beweglichen Sachen und Forderungsrechte erwirbt, wenn der Mann mit Mitteln und für Rechnung des eingebrachten Gutes die Anschaffung vollzieht; wie er im übrigen gehandelt hat, ob im eigenen oder fremden Namen, tut nichts zur Sache. Das Recht kommt hier den natürlichen Verhältnissen des Lebens entgegen und läßt den Erfolg eintreten, der allein der Sachlage und den Intentionen der Eheleute entspricht. Eine weitere Abtretung des Ehemanns an die Ehefrau pflegt nicht vorgenommen zu werden, weil die Parteien das nicht für erforderlich halten, und

[1] A. 1692 beginnt: La vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires. . . . In dem Titel Du transport des créances wird neben der Form der Abtretung in erster Linie die Garantiepflicht usw. des Verkäufers behandelt. Ebenso verhält sich auch die Theorie, so z. B. Planiol, Traité élémentaire de droit civil II No. 1605 ff.: Le transport de créance a tantôt le caractère d'une vente, quand il se fait à prix d'argent, tantôt le caractère d'une donation, quand il est gratuit. Il peut même se faire à titre de donation en paiement. Il est clair, qu'il sera soumis à des règles différentes dans chacun de ces trois cas, au moins sur certains points. La loi s'en est occupée en le considérant comme une vente; mais plusieurs des règles qu'elle pose sont générales, notamment les formalités à remplir pour rendre la cession opposable aux tiers.

[2] Dementsprechend gilt der Satz nach § 1525 Abs. 2 für die Errungenschaftsgemeinschaft, nach § 1550 Abs. 2 für die Fahrnisgemeinschaft. Aehnlich steht es nach § 1438 Abs. 2 bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Für Erwerbungen des Vaters mit Mitteln und für Rechnung des Kindesguts wiederholt § 1646 Abs. 2 wörtlich den § 1381 Abs. 2. Vgl. im übrigen zu diesen Bestimmungen oben die Einleitung S. 7 Anm. 1.

doch läßt sich ein stillschweigender Abtretungsvertrag noch leichter irgendwo hineinkonstruieren, als das bei der Eigentumsübertragung geht, die eine Besitzübergabe voraussetzt.

Die Gegenansicht will freilich auch den Abtretungsvertrag nach § 164 behandeln und also den Vertretenen nur erwerben lassen, wenn der Vertreter erkennbar auf den Namen des Vertretenen handelte. Damit wäre ein direkter Erwerb des Vertretenen durch die Tätigkeit eines mittelbaren Vertreters ausgeschlossen. Wie wenig dieser Standpunkt den gegebenen Verhältnissen angemessen ist, muß einleuchten. Einen vermittelnden, aber sehr praktischen Standpunkt nimmt das schweizerische Obligationenrecht in unserer Frage ein. Es bestimmt in seinem § 399: „Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen dieselben auf den Auftraggeber über, sobald der letztere seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist. Dieses gilt auch gegenüber der Masse, wenn der Beauftragte in Konkurs gefallen ist". Also eine cessio legis, die sich rein nach den internen Geschäftsbeziehungen von Auftraggeber zu Beauftragtem richtet.

§ 8. Verträge zugunsten Dritter im Besitzrecht.

I. Stellvertretung und Verträge zugunsten Dritter sind zwei nahverwandte Rechtsinstitute. Beide lassen durch das Handeln des einen bei einem anderen direkte Wirkungen, den unmittelbaren Erwerb von Rechten entstehen. Beide fallen unter die große Gruppe des Handelns in fremdem Interesse, des Handelns für und zugunsten anderer. Ihre Aehnlichkeit ist denn auch, seit sich die Wissenschaft näher mit ihnen befaßt, stets hervorgehoben worden [1].

[1] Schloßmann, Stellvertretung I S. 57 ff., 63; Windscheid II § 316 a; Unger, Iherings J. Bd. 10 S. 61; Leonhard R., Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten S. 24 ff.; Girard, Manuel S. 446; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 69; Gareis, Verträge zugunsten Dritter S. 34; Rümelin Arch. Civ. Prax. Bd. 93 S. 153; Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 84. Die Aehnlichkeit ist so groß, daß es schwer fällt ein wirklich sicheres Unterscheidungsmerkmal zu finden. Die herrschende, insbesondere von Hellwig (Verträge S. 42 ff.) eingehend begründete Lehre, stellt darauf ab, daß bei den Verträgen zugunsten Dritter stets ein eigenes Kausalverhältnis

Sowohl bei den Verträgen zugunsten Dritter, als bei den Stellvertretungsgeschäften bleibt, was den äußeren Hergang angeht, der eigentliche Interessent und Forderungserwerber dem Abschluß des Geschäftes fern. Beidemal verspricht der Schuldner seinem Gegner an einen Dritten zu leisten und beidemal erwirbt der Nichtkontrahent das Recht. In beiden Fällen handelt der Mittler in fremdem Interesse und zugleich im eigenen. In fremdem, weil er dem Dritten das Recht verschafft, im eigenen, weil er das nur tut wegen der zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Kausalbeziehung, die den Anlaß seines Handelns bildet [1].

Bei beiden Arten des Handelns für einen anderen sind, was meist nicht scharf genug ins Auge gefaßt wird, die rechtlichen Beziehungen zwischen Mittler und Vertretenem ganz analog gelagert. Der Wille des Vertretenen ist es, auf dem sein Rechtserwerb beruht: er erteilt bei der Stellvertretung die Vollmacht, er genehmigt den Rechtserwerb, der ihm durch den Vertrag zugunsten Dritter zufällt, sei es ausdrücklich, sei es durch Nichtablehnung des Anfalls, der indirekt stets den Erwerbswillen voraussetzt [2]. Die Kausalbeziehung vollends, auf Grund deren der Mittler tätig wird, kann in beiden Fällen dieselbe sein. Auftrag oder Geschäftsführung veranlaßt den Stellvertreter zum Handeln, nicht minder wird es häufig der Grund sein, warum der Mittler sich eine Leistung an einen Dritten versprechen läßt [3].

---

zwischen Promissar und Promittent vorliegen müsse, an das sich der Vertrag zugunsten Dritter wie als Nebenabrede anschließe. So übrigens schon Zimmermann a. a. O. S. 84. Leugnet man ein solches Erfordernis und läßt jedes Interesse des Promissars, z. B. ein bloßes Fürsorgeinteresse für einen anderen genügen (so z. B. Planck Bem. I zu § 328), so läßt sich überhaupt kaum mehr eine sichere Grenze zwischen den Geschäften dieser beiden Arten ziehen.

[1] Es trifft jedenfalls nicht zu, wenn man sagt, der Promissar handle stets im eigenen Interesse, der Vertreter nur in fremdem. Beide handeln eben auf Grund ihrer Kausalbeziehung zum Dritten; in ihr steckt das eigene Interesse des Mittlers an seinem Handeln.

[2] Bei der Vertretung ist der Wille des Vertretenen in der Vollmacht positiv nachzuweisen, bei dem Vertrag zugunsten Dritter wird er gesetzlich vermutet, bis durch die Ablehnung das Gegenteil bewiesen wird. Der Wille des Vertretenen bildet das eine Mal ein positives, das andere Mal ein negatives Tatbestandserfordernis.

[3] Das verkennt Schloßmann a. a. O. S. 64 ff. Er meint das

Es braucht nicht immer Kauf, Schenkung oder ein ähnliches Geschäft die Kausalbeziehung des Promissars zum Dritten zu bilden. Legt man bei der theoretischen Betrachtung nur solche Causae zugrunde, so verschwindet der Charakter dieser Verträge als einer eigentlichen Interessenvertretung.

Gerade die Möglichkeit, daß Auftrag und Geschäftsführung bei den Verträgen zugunsten Dritter die Causa bilden können, läßt den Vertretungsgedanken[1] auch hier Anwendung finden. Dadurch nähern sich diese Verträge zugunsten Dritter der mittelbaren Stellvertretung, soferne sie eine offene ist. Handelt der Mittler erklärtermaßen für einen Dritten, aber nur nicht in dessen Namen, wie es das Offenheitsprinzip des § 164 erfordert, so hat der mit dem Gegner geschlossene Kontrakt eben als zwischen den handelnden Parteien geschlossen zu gelten. Ob aber das aus diesem Vertrag entstehende Forderungsrecht nicht sofort dem Vertretenen zusteht, das Offenheitsprinzip also nur die Forderung des Gegners und die Verpflichtung des Schuldners betrifft, ist eine naheliegende Frage; zumal wenn man bedenkt, daß künftige Rechte abtretbar sind und eine solche Vereinbarung sich wohl aus dem Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen ergeben kann. Beim Vertrag zugunsten Dritter ist die Lage ganz

einzige Unterscheidungsmerkmal der Stellvertretung von den Verträgen zugunsten Dritter liege eben darin, ob ein Auftrags-, Geschäftsführungs- oder ein ähnliches Verhältnis zwischen Mittler und Vertretenem bestehe oder ob eine andere causa donandi, credendi, solvendi vorliege. Nur im letzteren Falle könne man einen Vertrag zugunsten Dritter annehmen. Auf diesem Wege kann man aber den letztgenannten Verträgen nicht gerecht werden. Bei Schloßmann hängt diese Auffassung naturgemäß damit zusammen, daß er mittelbare und unmittelbare Stellvertretung nur nach dem internen Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen beurteilt wissen will.

[1] Dieser Zusammenhang der Verträge zugunsten Dritter mit der Stellvertretung findet sich angedeutet schon bei C. G. Bruns in Holtzendorffs Enzyklopädie 3. Aufl. S. 413, wo gewisse Verträge zugunsten Dritter theoretisch als „direkte Stellvertretung, aber ohne Auftrag" konstruiert werden. In der neuesten Auflage findet sich diese Ansicht nicht mehr. R. Leonhard, Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten 1894 S. 23 ff. nennt die Verträge zugunsten abwesender Dritter nur eine Unterart der unbeauftragten Stellvertretung im Forderungserwerb. Damit ist aber doch nur eine Bedeutung der Verträge zugunsten Dritter erkannt und nicht ihr universeller Charakter, daß alle Causae dem Verhältnis des Promissars zum Dritten zugrunde liegen können.

dieselbe, nur daß hier, was bei offener Interessenvertretung nur als stillschweigend vereinbart angesehen werden kann, ausdrücklich vereinbart wird: der unmittelbare Forderungserwerb des Dritten. Diese weitreichende Uebereinstimmung der offenen Interessenvertretung und des Vertrags zugunsten Dritter, sowohl was den äußeren Tatbestand, als was die rechtlichen Beziehungen der beteiligten Personen betrifft, muß dahin führen, in bestimmten Fällen, wo die Interessenlage es erfordert, eine Ausgleichung dieser beiden Institute herbeizuführen. Und zwar in dem Sinn, daß zum mindesten bei offener mittelbarer Vertretung die Abwägung berechtigter Interessen zur Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter oder doch zum mindesten eines unmittelbaren Rechtserwerbs des Vertretenen führt [1].

Die eben angedeutete Stellung des Vertrags zugunsten Dritter zur Stellvertretung, insbesondere zur Interessenvertretung wird es gerechtfertigt erscheinen lassen, wenn an dieser Stelle bei einer Untersuchung der sachenrechtlichen Interessenvertretung auch der Verträge zugunsten Dritter im Besitzrecht gedacht wird.

Ganz besonders wird uns die Mitbehandlung der Verträge zugunsten Dritter nahegelegt, wenn wir uns vergegenwärtigen, wie die Parteien sich tatsächlich beim Abschluß solcher Verträge für einen anderen verhalten. Die Parteien haben von den subtilitates juristischer Konstruktion auf diesem Gebiet keine Ahnung. Sie fassen eben meist nur den wirtschaftlichen Zweck ins Auge, daß der Dritte die Leistung erhalten solle. Auf welchem Wege sie dies ihr Ziel juristisch erreichen, ist ihnen gleichgültig, wenn nur der Erfolg so eintritt, wie sie sich ihn gedacht. Gerade in diesen Fällen ist man ganz besonders auf eine billige Interessenbeurteilung und eine gerechte Interpretation des Parteiwillens angewiesen. Da ist es denn von besonderem Gewicht, sich über das Verhältnis der Interessenvertretung zu den Verträgen zugunsten Dritter klar zu sein.

Im Sachenrecht haben diese Verträge naturgemäß einen etwas anderen Charakter als im Obligationenrecht. Es handelt sich nicht wie dort um Verpflichtungs-, sondern um Leistungs- oder

[1] Das Nähere soll demnächst in der Lehre von der obligationenrechtlichen Seite der Interessenvertretung ausgeführt werden.

Erfüllungsgeschäfte. Damit hängt es zusammen, daß heute die weitaus überwiegende Meinung [1] dahin geht, solche Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht für unzulässig zu erklären. Diese Frage ist von nicht unerheblicher, praktischer Bedeutung, wie sofort zu zeigen sein wird; da sie ferner meist in der Literatur nur sehr kurz gestreift worden ist, mag hier eine etwas eingehendere Behandlung am Platze sein.

II. Jede Besitzübertragung beruht auf einer Einigung des Tradenten mit dem Erwerber über den Besitzübergang. Die erste Frage muß also die sein: kann diese Einigung zugunsten eines Dritten geschlossen werden? Selbstverständlich kann die Frage nur für den Fall gestellt werden, daß auch das jeweils erforderliche Besitzkorpus sich in der Person des Dritten erfüllen läßt oder erfüllt ist, also bei Uebertragung des unmittelbaren Besitzes nur im Falle des § 854 Abs. 2 [2], beim mittelbaren Besitz nach § 868 und § 870. Die bloße Einigung zugunsten des Dritten vermag dem Dritten also beispielsweise keinen Besitz zu verschaffen, wenn er nicht selbst die tatsächliche Möglichkeit der Gewaltausübung hat.

Gewöhnlich pflegt die Zulässigkeit einer Einigung zugunsten Dritter nur in der Beschränkung eben auf § 854 Abs. 2 erörtert zu werden. Das Problem ist aber allgemeiner zu fassen. Auch in den anderen Fällen der Besitzübertragung, insbesondere der

---

[1] Planck Bem. 3 a. Staudinger Bem. II 2 c. Biermann Bem. 7 zu § 854. Hellwig a. a. O. S. 40 f., 53. Bruck a. a. O. S. 31. Moeller a. a. O. S. 14 ff. Przibilla Diss. S. 49 f. Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB., Freib. Diss. 1900 S. 44. Enneccerus-Wolff § 11 Anm. 6. Ehrenzweig, Die sogenannten zweigliedrigen Verträge 1895 S. 20 f. Staudinger Bem. B II e S. 90 u. B I 2 a β S. 89. Böhler, Bad. RPrax. 1908 S. 211. Endemann II § 37 Anm. 29. Vgl. auch Oertmann, Kommentar II[2] Bem. 5 c vor § 328.

[2] Wenn dagegen A dem B eine Sache von Hand zu Hand übergibt und beide einig sind, daß C unmittelbarer Besitzer sein solle, so wird dadurch allein dem C noch nicht der Besitz verschafft, da es ihm am erforderlichen Besitzkorpus fehlt. Ist B Besitzdiener des C oder in ähnlicher Stellung zu ihm, so kann natürlich die Uebertragungseinigung direkt auf den Namen des C geschlossen werden mit der Wirkung, daß C den Uebergabebesitz erhält. Freilich legen die Beziehungen von B zu C in solchen Fällen die Annahme einer Stellvertretung näher, als die eines Vertrags zugunsten Dritter.

des mittelbaren Besitzes ist zunächst die Vorfrage zu beantworten, ob die auf Begründung oder Uebertragung des mittelbaren Besitzes gerichtete Einigung der Parteien zugunsten eines Dritten getroffen werden kann, ehe man der Untersuchung näher tritt, ob der im Wege des obligatorischen Vertrags zugunsten Dritter dem Dritten erworbene Anspruch zur Besitzvermittelung geeignet ist. Die Einigung über die Besitzübertragung hat allgemeinen Charakter, sie tritt freilich im Fall des § 854 Abs. 2 besonders deutlich hervor und wird hier vom Gesetz auch ausdrücklich hervorgehoben, da das Gesetz eben hier von wirklicher Besitzübertragung und nicht bloß von Besitzbegründung, wie in § 854 Abs. 1 spricht. Das Nähere hierüber ist oben bereits ausgeführt worden.

Gegen die herrschende Lehre von der Unzulässigkeit der Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht hat sich zuerst Strohal[1] gewandt. Schon Unger hatte mit Recht ausgeführt, daß, wenn man einmal Verträge zugunsten Dritter anerkenne, nichts im Wege stehe, auch dingliche Verträge dieser Art gelten zu lassen. Strohal seinerseits wies nach, daß das geltende Recht des BGB. diesen Standpunkt einnimmt und die Verträge zugunsten Dritter als neue Vertragskategorie ganz allgemein und nicht bloß in Beschränkung auf das Obligationenrecht eingeführt hat[2]. Zu eben diesem Resultat werden wir ganz von selbst geführt, wenn wir in den in Betracht kommenden Fällen, im Besitzrecht also bei Verschaffung mittelbaren Besitzes und bei Uebertragung des Besitzes nach § 854 Abs. 2,

[1] Strohal, Iherings J. Bd. 38 S. 86 ff. Wie er Fr. Leonhard a. a. O. S. 58. Kaemmerer a. a. O. S. 125 f. Aus der früheren Literatur sind zu nennen: Unger, Verträge zugunsten Dritter, Iherings J. Bd. 10 S. 61 Anm. 79 a. Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter S. 200. R. Leonhard, Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten S. 25.

[2] Strohal hat insbesondere auf die Erbeinsetzungsverträge zugunsten Dritter (§ 1941) und den § 952 hingewiesen. — Darüber, daß Verträge zugunsten Dritter im Grundbuchrecht vorkommen können bei bäuerlichen Gutsübergaben mit inter vivos festgesetzten fideikommissarischen Substitutionen zugunsten Dritter vgl. Steinbach, Oesterr. Gerichtszeitung 1877 S. 153 ff.; vgl. Ehrenzweig a. a. O. S. 20 f., für das Staatsrecht vgl. Gareis S. 291; Bähr, Urteile S. 95.

die tatsächliche Situation und die Interessenlagerung vergleichen mit der bei den obligatorischen Verträgen. Ihre weitgehende Aehnlichkeit ergibt, daß die Einigung über den Besitzübergang, soweit sich das mit den tatsächlichen Verhältnissen, dem Besitzkorpus, vereinigen läßt, auch zugunsten eines Dritten geschlossen werden kann mit der Wirkung der Begründung unmittelbaren Besitzes beim Dritten.

III. Dieser Annahme stehen insbesondere für den Fall des § 854 Abs. 2 auch nicht etwa Bedenken entgegen, die sich aus dem Wesen des Besitzes ergeben. Selbstverständliche Voraussetzung ist freilich, daß der Dritte in der Lage sein muß, die Gewalt über die Sache auszuüben [1]. Nicht aber ergibt sich ein Hindernis daraus, daß zum Besitzerwerb der Besitzwille des Erwerbers erforderlich ist [2]; ebensowenig kann man von einem Widerspruch zu dem das Sachenrecht beherrschenden materiellen Konsensprinzip reden [3]. Jeder Erwerb eines Rechts, der nicht direkt auf dem Gesetz, sondern auf einem Vertrag oder einer Einigung zweier Parteien beruht, baut sich auf dem Konsensprinzip auf, mag es sich um den Erwerb eines obligatorischen oder eines dinglichen Rechtes handeln. Stets bildet der Wille des Erwerbers den Grund und die erste Voraussetzung seines Erwerbes; ist die Erklärung seines Willens wegen Geschäftsunfähigkeit oder aus einem anderen Grunde nichtig, so vollzieht sich auch kein Erwerb für ihn. Von diesem Fundamentalgrundsatz für den Vertragserwerb macht eben die Kategorie der Verträge zugunsten Dritter eine Ausnahme, die sich nicht beschränkt auf den Erwerb obligatorischer Rechte. So gut man ohne eigenes Wissen und ohne eigenen Willen Forderungsgläubiger werden kann, ebenso gut kann man auch ohne eigenen Willen Rechte anderer Art erwerben. Das eine ist nicht wunderbarer, als das andere. Der Begriff der Verträge zugunsten dritter ist eine relativ junge Schöpfung juristischer Technik. Das mag erklären, warum man auch heute noch nur zögernd an ihre Ausgestaltung sich heranwagt und ihr Anwendungsgebiet

[1] Z. B. A einigt sich mit B zugunsten des C über Eigentumsübergang oder Pfandbestellung an geschlagenem Holz im Wald oder auf dem offenen Lagerplatz des Tradenten.

[2] Vgl. Strohal S. 87. Moeller S. 15.

[3] So Bruck, Staudinger u. andere a. a. O.

auszudehnen sich scheut. Es erwirbt also der Dritte, wenn nur in seiner Person die Gewaltausübungsmöglichkeit besteht, den unmittelbaren Besitz ausnahmsweise ohne seinen Willen auf Grund der zwischen zwei anderen Personen geschlossenen Einigung. Der § 854 Abs. 2 verlangt ja ausdrücklich nur rein objektiv, daß der Erwerber in der Lage sei, die Gewalt über die Sache auszuüben, nicht aber, daß er wirklich die Gewalt ausübe. In einer solchen Lage sein kann man aber auch ohne eigenes Wissen und Wollen [1].

Auch ein weiterer Einwand ist nicht stichhaltig. Man behauptet nämlich des öfteren, der Dritte dürfe nicht ohne seinen Willen beschwert werden und das geschehe dadurch, daß man ihn durch die Besitzverschaffung in eine rechtliche Stellung bringe, in der er der Geltendmachung von Ansprüchen ausgesetzt sei, die sich gegen den Besitzer als solchen richten [2]. Aber auch der Erwerber obligatorischer Rechte wird, wenn schon in beschränkterem Maße, unter Umständen durch den Erwerb mit Pflichten und Lasten beschwert; das sah man aber mit Recht nicht als Hinderungsgrund an, die Verträge zugunsten Dritter gesetzlich anzuerkennen. Bei der Erbeinsetzung hat weder das heutige noch das frühere Recht gezögert, direkten Eigentumsanfall an der Erbmasse für den Eingesetzten eintreten zu lassen, ohne daß es auf dessen Willen ankäme und doch bringt sie eine noch viel weitgehendere Belastung des Erben mit sich, als das bei einfachen Verträgen zugunsten Dritter der Fall ist. Zudem hat der Erwerber auch bei der sachenrechtlichen Einigung zugunsten Dritter nach § 333 das Recht, den Erfolg der fremden Handlung für seine Person abzulehnen mit der Wirkung, daß der Besitz als gar nicht erworben gilt.

Schon oben ist auf die große Aehnlichkeit der Verträge zugunsten Dritter mit der vollmachtlosen Stellvertretung hingewiesen; sie ist besonders groß bei

[1] Das BGB. selbst kennt übrigens in § 857, 911 positive Ausnahmen von dem Erfordernis des Besitzwillens; auf sie braucht aber nicht verwiesen zu werden. Denn sobald der Dritte von der Besitzverschaffungseinigung zu seinen Gunsten erfährt, liegt in der Nichtablehnung oder der Genehmigung des Erwerbs positiv der Besitzwille ausgedrückt, der hier wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nach rückwärts wirkt.

[2] Vgl. dazu Strohal S. 87. In Betracht kämen hier z. B. auch die §§ 836 ff.

Leistungsgeschäften. Daß Stellvertretung bei der Einigung des § 854 Abs. 2 möglich ist und somit auch vollmachtlose Vertretung im Sinne der §§ 177 ff. BGB., die auf nachfolgende Genehmigung des Vertretenen abstellt, ist, wie oben ausgeführt, unbestritten. Die §§ 177 ff. nun sind in erster Linie zum Schutze des Gegenkontrahenten getroffen: er soll nicht an den erst noch genehmigungsbedürftigen Vertrag gebunden sein und soll bei Verweigerung der Genehmigung sich an den Vertreter halten können, der ihm zu haften hat. Vorausgesetzt ist dabei freilich, daß er keine Kenntnis von der Vollmachtslosigkeit des Vertreters besitzt. Hat er Kenntnis davon und läßt sich trotzdem auf ein solches Geschäft ein, so tut er das bewußt auf eigene Gefahr und genießt keinen besonderen Schutz im Gesetz. -

Genau ebenso ist aber doch die Lage des Kontrahenten im Vertrag zugunsten Dritter: auch er weiß, daß das Geschäft geschlossen wird für einen Dritten, der keine Vollmacht oder Genehmigung dazu erteilt hat und der in der Lage ist, den ihm zugedachten Erwerb auszuschlagen. Denn es versteht sich von selbst, daß die Einigung zugunsten Dritter offen auf den Namen des Dritten gestellt sein muß oder, wenn das nicht der Fall ist, daß doch wenigstens der Erwerb des Dritten in der Richtung der Intentionen beider Parteien liegt.

Besonders vorteilhaft ist im Vergleich gerade mit der vollmachtlosen Stellvertretung für den Dritten die Annahme eines Erwerbs durch Einigung zugunsten Dritter dann, wenn Konkurs über das Vermögen des Tradenten ausbricht, ehe die Genehmigung des Dritten eingeholt ist oder eingeholt werden kann. Beurteilt man die Parteiabmachungen zwischen Tradenten und Vertreter nach den §§ 177 ff., so gehört der Traditionsgegenstand wohl zur Konkursmasse; nimmt man Einigung zugunsten eines Dritten an, so ist die Tradition rechtzeitig vor Konkurseröffnung vollendet [1]. Verliehe man der Genehmigung des § 177 rückwirkende Kraft [2] und sähe man die Stellung des Genehmigenden als eine unentziehbare, selbst durch Konkurs des Tradenten nicht gefährdete Rechtsposition an, so wäre der

[1] Gegen fraudulöse Handlungen sind natürlich die Konkursgläubiger auch hier durch ihr Anfechtungsrecht geschützt.

[2] Eine Frage für sich ist es natürlich, ob gerade im Besitzrecht Rückwirkung angenommen werden kann. Vgl. unten § 10.

Unterschied solcher Fälle vollmachtloser Stellvertretung und der Einigung zugunsten Dritter nahezu verwischt. Das Reichsgericht ist soweit gegangen und hat der Genehmigung rückwirkende Kraft im Falle des Konkursausbruches über das Vermögen des Geschäftsherrn, der vor der Erteilung der Genehmigung erfolgt war, beigelegt [1].

IV. Ganz analog liegen die Verhältnisse bei der Begründung des mittelbaren Besitzes nach § 868 [2]. Auch hier kann die Einigung der Parteien, die zu jeder Besitzübertragung erforderlich ist, genau ebenso zugunsten eines Dritten geschlossen werden. Die Zulässigkeit einer Einigung zugunsten eines Dritten über den Besitzübergang wurde ja soeben in ganz allgemeiner, nicht auf § 854 Abs. 2 beschränkter Weise bejaht. Falls es also möglich ist, dem Dritten ein genügendes Besitzkorpus, einen besitzvermittelnden Herausgabeanspruch, zu verschaffen, so erhält er den mittelbaren Besitz. Wenn daher z. B. A und B einen Miet- oder Verwahrungsvertrag bezüglich einer bestimmten Sache vereinbaren, auf Grund dessen nach § 328 der C Gläubiger aus dem Schuldvertrag werden soll, und wenn sie weiter darüber einig sind, daß C auf grund dieses Vertrags mittelbarer Besitzer sein solle, so wird dem C dadurch der mittelbare Besitz verschafft.

---

[1] RGE. Bd. 63 S. 18.

[2] Die Möglichkeit eines solchen Vertrags zugunsten Dritter wird bejaht von Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 344 ff.; v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, Iherings J. Bd. 48 S. 45 Anm. 66. Sie betonen beide, daß die §§ 870, 931 analog angewendet werden müßten auf Fälle, in denen anders als durch Zession dem Dritten durch einen Vertrag auf Leistung an einen Dritten ein Herausgabeanspruch verschafft werde. Ferner sind für Zulässigkeit der genannten Verträge: Kniep a. a. O. S. 141, 157 ff.; Hellhoff, Besitz und Eigentumsübergang im Falle der Versendung, Freib. Diss. S. 13, 18 ff. Dagegen mit unzureichenden Gründen Przibilla, Diss. a. a. O. S. 49 ff. Der § 870 BGB. ist zweifellos ein gewichtiges Argument für die Zulässigkeit der Verträge zugunsten Dritter bei der Besitzverschaffung. Aber diese Schriftsteller scheiden infolge der Gleichstellung jener Verträge mit der Zession nach § 870 nicht scharf genug zwischen Verträgen zugunsten Dritter nach § 868 und solchen nach § 870. Die letzteren werden fast überall übersehen. Auch tritt bei ihnen meist gerade die zu solcher Besitzvermittelung erforderliche Willenseinigung zugunsten Dritter nicht hervor. Zu dieser Frage vgl. Enneccerus-Wolff § 8 I 3. Kipp bei Windscheid I 800.

Der Sinn des § 868 ist nicht der, daß nur der Kontrahent des besitzvermittelnden Kausalvertrags mittelbarer Besitzer werden könne, also nur wer vollständig Vertragspartei mit allen Pflichten und Rechten einer solchen sei. Das wäre allerdings der Dritte nicht, er ist nur einseitig Gläubiger aus dem ihm ursprünglich materiell und formell fremden Grundvertrag. Aber er hat eine zessionarähnliche Stellung nach § 334: die Mängel des Kausalvertrags zwischen A und B oder die Pflichten, die dem Versprechensempfänger dem Schuldner gegenüber obliegen und von deren Erfüllung dieser seinerseits seine Leistung unter Umständen abhängig machen darf, wirken auch gegen den Dritten. Mittelbar hat der Dritte also eine parteiähnliche Stellung. Aber das wäre an sich gar nicht nötig. Den Kern des mittelbaren Besitzes[1] macht der Herausgabeanspruch, dessen Gläubiger er nach den Abmachungen des Schuldners und des Versprechensempfängers geworden ist. Der Herausgabeanspruch genügt ja auch nach § 870 zur Uebertragung mittelbaren Besitzes im Wege der Abtretung[2]. Voraussetzung ist dabei natürlich, daß der Vertrag zugunsten Dritter ein berechtigender und nicht ein bloß ermächtigender ist.

Ein doppelter mittelbarer Besitz entsteht dadurch keinenfalls, wie man etwa einwerfen könnte: der Versprechensempfänger hat, wenn er selbst berechtigt bleibt, nur einen Anspruch auf Leistung an den Dritten; ihm gegenüber ist also der Schuldner nicht zum Besitz berechtigt, noch verpflichtet, sondern nur dem Dritten[3].

Gerade in den Fällen der Begründung mittelbaren Besitzes zeigt sich die große praktische Bedeutung der Einigung zugunsten Dritter im Besitzrecht. Es mag hier genügen zwei Gruppen von Fällen der Pfandbestellung hervorzuheben; ganz ähnliche Gestaltung nimmt die Eigentumsübertragung an.

Wenn eine bereits gepfändete oder verpfändete Briefhypothek noch einmal verpfändet werden soll, so kann die dazu erforderliche Briefübergabe ersetzt werden durch eine Vereinbarung zwischen dem verpfändenden Schuldner und dem den Pfandbrief

[1] So Strohal a. a. O. S. 59.

[2] Vgl. Anmerkung 2 auf S. 123.

[3] A. A. Enneccerus-Wolff a. a. O., der mittelbaren Mitbesitz annimmt.

besitzenden ersten Pfandgläubiger, die dahin geht, daß dieser den Brief künftig für den zweiten Pfandgläubiger zugleich besitzen solle: also ein Verwahrungs-Vertrag zugunsten Dritter, der nach dem Willen der Kontrahenten den mittelbaren Mitbesitz des zweiten Pfandgläubigers vom Vertragsschluß an bezweckt und dem letzteren ein Pfandrecht verschafft [1].

Ein anderer Fall: Pfandbestellung für den jeweiligen Inhaber eines Wechsels oder sonstigen indossablen Papiers erfolgt in der Weise, daß der Schuldner die zu verpfändende Sache einem Pfandhalter zu Besitz übergibt und ein Verwahrungsvertrag zugunsten des jeweiligen Gläubigers nach § 328 schließt; dadurch erhält letzterer ein direktes Recht gegen den Pfandhalter auf Verwahrung und eventuelle Herausgabe und somit nach dem Willen der Parteien mittelbaren Besitz [2]. Die dingliche Einigung über die Pfandbestellung kann auf demselben Wege, wie die Besitzeinigung, erfolgen.

Gerade dieser letztere Fall zeigt das Bedürfnis nach einem Vertrag zugunsten Dritter auf dem Gebiet des Sachenrechts [3]. Eine Pfandsicherstellung ließe sich hier kaum anders

[1] Vgl. die in diesem Sinne ergangene Entscheidung des I. Zivilsenats des Kammergerichts. OLG. Rechtspr. Bd. 15 S. 12.

[2] Vgl. Planck III[3] Bem. 1 b zu § 1206, Bem. 1 b α a. E. zu § 1204. Protokolle Band III S. 440. Staudinger III Bem. I 2 c zu § 1204, Bem. 1 b zu § 1206.

[3] Auch im Grundbuchrecht kommen Geschäfte zugunsten Dritter vor. So wird sehr häufig bei Grundstücksveräußerungen bestimmt, daß der Kaufpreis nicht an den Verkäufer, sondern an eine bestimmte Sparkasse zu bezahlen sei und zugleich eine Sicherungshypothek für den Kaufpreis zugunsten der Sparkasse bewilligt, beantragt und eingetragen. Vgl. darüber z. B. Böhler, Bad. Rpr. 1908 S. 211 f. Letzterer erörtert den Fall, daß sich die Sparkasse weigert, die Kaufpreisforderung anzunehmen und einen Zessionspreis zu zahlen. Nach der im Text vertretenen Auffassung war die Hypothek für die Sparkasse gültig entstanden, durch die Ablehnung seitens der Sparkasse aber ist die dingliche Einigung und somit der Rechtserwerb nach rückwärts hin gemäß § 333 vernichtet worden. Das Grundbuch ist daher unrichtig geworden. Nach der zur Zeit herrschenden Meinung steht dem Eigentümer des Grundstücks eine Eigentümerhypothek nicht zu, da die Hypothek als unwirksam, weil ohne die erforderliche Einigung entstanden, gilt. Vgl. Staudinger II 1 a β zu § 1163; RGE. Bd. 70, 356 ff., 68, 101; Prot. III 603. Zu erwägen bleibt der Gedanke, ob nicht im Falle einer solchen Ablehnung durch den Dritten für den Versprechensempfänger selbst eine Sicherungshypothek als eventuell bewilligt

erreichen. Wenn man hinsichtlich der Besitzverschaffungs- und Pfandbestellungseinigung vollmachtlose Vertretung annähme[1], so liefe das praktisch auf ein ähnliches Ergebnis hinaus, wie oben gezeigt, und es ist nur die Frage, ob die Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter nicht zweckentsprechender ist. Beide Institute greifen in ganz derselben Weise in die sachenrechtlichen Grundsätze ein.

Wir haben oben festgestellt, daß beim mittelbaren Besitz der Wille der Parteien in einem Kausalverhältnis objektiviert sein muß. Nun ist der große Unterschied zwischen Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch Anspruchszession nach § 870 und der Neubestellung mittelbaren Besitzes durch Vertrag zugunsten Dritter der, daß dort die Einigung zwischen dem alten und dem neuen Besitzer mittelbaren Besitz überträgt, während hier der mittelbare Besitz neu geschaffen werden muß. Dort gibt der Cedent seinen mittelbaren Besitz auf und der Zessionar will ihn erwerben. Hier im Falle der Neuschaffung durch einen Vertrag zugunsten Dritter kann die Einigung nicht zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten vorgenommen werden. Der Gläubiger muß sich vielmehr mit dem Schuldner einigen, daß der Dritte Besitzer werden soll auf Grund des nach § 328 erworbenen obligatorischen Rechts. Diese Einigung ihrerseits ist ebenfalls in Obligationsbeziehungen und zwar in der obligationenrechtlichen Vereinbarung des Versprechensempfängers zum Schuldner zugunsten des Dritten objektiviert. Ließe man diese Einigung zugunsten Dritter nicht zu, so entstünde durch die bloße Anspruchsverschaffung im Wege des obligatorischen Vertrags zugunsten Dritter kein mittelbarer Besitz und damit auch kein Eigentum oder Pfandrecht des Dritten.

Wer nun aber, wie die oben erwähnten Schriftsteller, die obligatorischen Verträge zugunsten Dritter prinzipiell nach Analogie zum § 870 zur

---

und beantragt zu gelten hat. Der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung stellen sich freilich im Grundbuchrecht die Formvorschriften als schwer zu beseitigende Hindernisse entgegen. Die hier vertretene Auffassung findet ihren Hauptgrund eben darin, daß der Versprechensempfänger nach Ablehnung des Dritten zweifellos einen direkten Anspruch auf Leistung der Schuld gegen den Schuldner hat.

[1] So z. B. Planck III[3] Bem. 1 b zu § 1206.

Besitz- und Eigentumsübertragung zuläßt, der hat damit notwendig auch die sachenrechtliche Einigung über Besitz- und Eigentumsübergang zugunsten Dritter überhaupt bejaht[1]; denn ohne sie gibt es eben keine Besitz- oder Eigentumsverschaffung. Bloße Anspruchsverschaffung genügt nicht.

V. Leider hat das Reichsgericht sich dem unzweifelhaften Bedürfnis nach Verträgen zugunsten Dritter im Sachenrecht verschlossen[2] und zwar mit der einzigen Begründung, die Einigung des Sachenrechts unterliege zwar den Vorschriften des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte, nicht aber den Vorschriften über Verträge auf dem Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse, soweit nicht im dritten Buche des BGB. ausdrücklich auf sie Bezug genommen sei[3]. Man kann diesen Satz auch in der Literatur oft lesen. Doch ist er materiell in keiner Weise gerechtfertigt und in dieser Allgemeinheit in beiden Teilen unhaltbar. Bei der Bedeutung, die einer solchen Stellungnahme des Reichsgerichts zukommt, erscheint eine eingehendere Besprechung der Entscheidung und des zugrundeliegenden Falles, der für unsere Frage Interesse bietet, gerechtfertigt.

Der Verkäufer eines Grundstücks hatte sich vom Käufer zur Sicherstellung des Kaufpreises u. a. bedungen die Bestellung einer Hypothek in bestimmter Höhe für seine Ehefrau. Bei der Auflassung des Gutes an den Käufer bewilligte und beantragte dieser laut Protokoll die Eintragung der Hypothek für die Ehefrau des Verkäufers gemäß dem Vertrag und „die Erschienenen (auf der Verkäuferseite befand sich außer dem Ehemann noch ein Miteigentümer) beantragten über die für die Ehefrau einzutragende Hypothek einen Hypothekenbrief zu bilden und denselben der Klägerin zu übersenden". Die Hypothek wurde eingetragen, der Hypothekenbrief gebildet, aber vom Grundbuchamt zurückbehalten, weil der neue Eigentümer vor Aushändigung des Briefs an die Ehefrau den Antrag gestellt hatte, den Hypothekenbrief nicht der Ehefrau des einen Ver-

[1] Vgl. Hellwig a. a. O. S. 344 ff., andererseits aber seine Ablehnung der dinglichen Verträge zugunsten Dritter, S. 40. Ebenso Enneccerus-Wolff einerseits § 8 I 3, andererseits § 11 Anm. 6

[2] RGE. Bd. 66 S. 97 ff.

[3] S. 99 und 100 a. a. O.

käufers, sondern ihm selbst auszufolgen. Die Ehefrau erhob Klage gegen den Käufer auf Einwilligung in die Aushändigung des Briefs seitens des Grundbuchamts an sie.

Das Eigentum am Brief geht nach § 1117 BGB. auf den Gläubiger erst über und es entsteht die Hypothek erst, wenn der Brief ihm übergeben wird; der Grund dieser Bestimmung ist der Schutz des Hypothekenschuldners, der dadurch in den Stand gesetzt werden soll, Zug um Zug gegen die Valutaauszahlung durch den Gläubiger diesem den Brief und damit das Hypothekenrecht zu übertragen. Ein Schutz des Schuldners konnte in unserem Fall nicht in Frage kommen, da er durch die Auflassung bereits seine Valuta erhalten hatte.

Um nun aber eine unbillige Verzögerung des Hypothekenerwerbs durch den Gläubiger in dessen Interesse zu vermeiden, wie sie durch die Bildung und Ausfertigung eines Briefes bedingt ist, sieht Abs. 2 des § 1117 die Möglichkeit eines Ersatzes der Uebergabe des Briefes und ihrer Surrogate in der Vereinbarung vor, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Der Schuldner braucht, wenn er die Valuta noch nicht erhalten hat, auf diese Vereinbarung und den damit verbundenen sofortigen Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger nicht einzugehen; für den Gläubiger andererseits, der die Valuta geleistet hat, ist es von Wert die Hypothek sofort zu erwerben und nicht hinsichtlich der Aushändigung des Briefs auf das freie Belieben des Schuldners, an den das Grundbuchamt den Brief nach § 60 GBO. abzuliefern hat, angewiesen zu sein und sie eventuell erst noch mit einer Klage erzwingen zu müssen.

Die Vereinbarung des Abs. 2 des § 1117 muß nach Meinung des Reichsgerichts zwischen Schuldner und Gläubiger oder einem bevollmächtigten Vertreter geschlossen werden. Die Vereinbarung mit einem Dritten über Aushändigung des Briefs an den Gläubiger könne nur dann die Uebergabe ersetzen, wenn der Dritte Vertreter des Gläubigers sei. Das Untergericht hatte die Frage, ob der Ehemann Bevollmächtigter der Ehefrau gewesen sei, nicht einer Prüfung wert gehalten. Das Reichsgericht seinerseits ließ sich nicht auf die Prüfung der Frage ein, ob der Ehemann nicht als vollmachtloser Vertreter mit nachfolgender Genehmigung der Ehefrau gehandelt habe, sondern begnügte sich mit der Verwerfung

des Vertrags zugunsten Dritter. Die Ehefrau aber aus dem Handeln ihres Mannes ganz rechtlos zu lassen, schien unbillig; so nahm denn das Reichsgericht an, der Käufer habe als Gegenleistung für die Uebereignung des Guts dem verkaufenden Ehemann gegenüber die Verpflichtung übernommen, für die dem Ehemann zustehende Forderung, Hypothek mit dem Gut zu bestellen „und ist also die Bestellung der Hypothek für die Ehefrau und damit die zum Erwerb der Hypothek erforderliche Aushändigung des Hypothekenbriefs, welcher der Ehefrau auch vom Grundbuchamt unmittelbar übersandt werden sollte, als Leistung zugunsten eines Dritten im Sinne des § 328 BGB. ausbedungen worden".

Die Sachlage war nun doch die, daß der Hypothekenschuldner bei der Auflassung des Gutes, bei der er ja gleichzeitig die Hypothek bewilligte und ihre Eintragung beantragte, auf seine Befugnis, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, zugunsten der Ehefrau verzichtete und mit dem sofortigen Erwerb der Hypothek durch sie einverstanden war, da er die Valuta erhalten hatte. Der Ehemann handelte doch offensichtlich genug für seine Frau; ob er eine besondere Vollmacht hatte, war dem Hypothekenschuldner sicher einerlei und konnte es auch füglich sein. Denn an der Einwilligung der Ehefrau zu den Handlungen ihres Ehemanns zu zweifeln, lag kein Anlaß vor. Nun war zudem der Ehemann in diesem Fall sachlich legitimiert, hatte er doch selbst ein Klagrecht gegen den Schuldner auf Bestellung der Hypothek für seine Frau. Welcher Grund war vorhanden, der die Uebergabe des Briefs ersetzenden Vereinbarung zugunsten seiner Ehefrau eine direkte Wirkung für diese zu versagen? Bloß der Grund, daß die Vereinbarung dem Gebiet des Sachenrechts angehöre!

Man kann verschiedener Meinung über die Natur der Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 sein. Die Protokolle [1] meinen, durch die Erteilung dieser Befugnis werde der mittelbare Besitz des Briefs im voraus auf den Gläubiger übertragen. Um ein obligatorisches Recht gegen das Grundbuchamt kann es sich aber zweifellos nicht handeln. Das Grundbuchamt ist eine staatliche Behörde, die auf Antrag der Partei tätig wird. Ihre Tätigkeit läßt

[1] Bd. 3 S. 729.

sich nicht im Klageweg vom Antragsteller erzwingen; sie richtet sich allein nach Gesetz und Dienstvorschrift; bei etwaiger Säumnis steht den Parteien nur der Beschwerdeweg offen. Die Befugnis des Hypothekenschuldners, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, ist kein subjektives Recht im gewöhnlichen Sinne. Daher kommt höchstens eine Analogie zu § 868, 870 in Frage. Bedenklicher wäre die Auffassung, daß, sobald der Brief vorhanden ist, der Schuldner unmittelbaren Besitz am Briefe habe, da er, bei der Pflicht des Grundbuchamts zur Aushändigung, eine tatsächliche Machtstellung einnehme und die Behörde selbst nur eine Art Besitzgehilfenschaft an dem Brief für ihn ausübe. Dann würde es sich also um Besitzübertragung durch Besitzdieneranweisung handeln.

Es ist wirklich kein Grund einzusehen, warum die Ehefrau nicht unmittelbar aus dieser Vereinbarung den Besitz am Brief und damit die Hypothek sollte erworben haben, da alle Teile dieser Regelung zustimmten und nach einer besonderen Vollmacht des Ehemanns nicht gefragt, sondern stillschweigend als selbstverständlich vorausgesetzt haben, daß die Ehefrau mit der Hypothekbestellung einverstanden sei. Das Gegenteil zu unterstellen, wäre ja auch widersinnig gewesen. Wohl keine der beteiligten Parteien hatte die Meinung, daß sich das Recht einer solchen Vereinbarung entgegenstellen werde. Es erscheint nicht als sachlich begründet, zwar das obligatorische Recht auf Hypothekbestellung und Aushändigung des Briefs auf dem Wege des Vertrags zugunsten Dritter zuzulassen, aber nicht eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB.

Befremdend mutet es an, daß der Schuldner, nachdem er selbst und die andere Vertragspartei ihrer Ansicht nach alles getan hatten, um der Ehefrau die Hypothek sofort zu verschaffen, nun sich eine occasio iuris soll zunutze machen können, um unter Umständen den Gegenkontrahenten z. B. durch Abtretung seiner Eigentümerhypothek an einen anderen Gläubiger aufs empfindlichste zu schädigen, wiewohl er andere Mittel hätte, sich wegen etwaiger Mängel am Zubehör des von ihm gekauften Grundstücks, wenn solche nicht bloß von ihm chikanös vorgeschützt wurden, an seine Verkäufer zu halten.

VI. Prüfen wir nunmehr einige ähnlich gelagerte, gesetzlich

geregelte Fälle im Hinblick auf die uns hier beschäftigende Frage des Besitzerwerbs.

1. In der Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle sieht man ganz überwiegend einen Vertrag zugunsten Dritter [1]. Durch sie erwirbt der Gläubiger ein Recht auf Herausgabe der hinterlegten Sache nach dem Sinn der Vereinbarung des Hinterlegers mit der Hinterlegungsstelle. Sein Recht konkurriert mit dem Rücknahmerecht des hinterlegenden Schuldners, das erst erlischt, wenn der Hinterlegungsstelle gegenüber der Schuldner seinen Verzicht auf die Rücknahme oder der Gläubiger die Annahme erklärt. Solange das Rücknahmerecht des Schuldners besteht, hat dieser selbst zweifellos mittelbaren Besitz nach § 868. Ist aber sein Recht erloschen, so hört auch sein mittelbarer Besitz auf. Nunmehr ist der Gläubiger allein berechtigt, die Sache von der Hinterlegungsstelle herauszuverlangen [2]. Wenn überhaupt ein mittelbarer Besitz bestehen soll, gebührt er von jetzt an dem Gläubiger; er hat allein das Korpus des mittelbaren Besitzes, den Herausgabeanspruch [3]. Mit Recht wird ihm daher auch allgemein der mittelbare Besitz zugeschrieben mindestens von dem Zeitpunkt an, wo das Rücknahmerecht des Schuldners aufhört. Zweifel bestehen, ob man mit Rehbein einen mittelbaren Mitbesitz des Gläubigers von der Hinterlegung an aufstellen soll [4].

[1] Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 442 ff. Planck Vorbemerkung 5 b vor § 372. Oertmann Bem. 6 a vor § 372. Dernburg II § 123 II. Beer, Hinterlegung zum Zweck der Schuldbefreiung, S. 56 ff. Cosack § 110 III. Crome II S. 277 ff. Enneccerus S. 166. Schollmeyer Bem. 4 zu § 372. Kniep a. a. O. S. 142. Przibilla, Diss. S. 50 f. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 239 will nur eine Gleichstellung der Hinterlegung mit den Verträgen zugunsten Dritter. — Die Textausführungen gehen von dem Fall aus, daß die Hinterlegungsstelle nicht selbst Eigentum an den hinterlegten Gegenständen erwirbt.

[2] Der Hinterlegungsvertrag zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle erlischt aber durch den Ausschluß des Rücknahmerechts des Gläubigers nicht. S. Hellwig a. a. O. S. 450 ff. Ob der Hinterleger ein Recht behält, von der Hinterlegungsstelle die Ausfolgung der Sache an den Gläubiger zu verlangen, erscheint zweifelhaft.

[3] Aber nur, wenn die Hinterlegung rechtsgültig ist, da von ihrer Gültigkeit die Existenz der Herausgabeanspruch des Gläubigers abhängt. Vgl. Beer a. a. O. S. 111 Anm. 2 und unten § 8.

[4] Kommentar II Bem. 9, 12, 13 zu den §§ 372 ff. Entsprechend

Uns interessiert hier hauptsächlich, daß der Gläubiger mit dem Herausgabeanspruch zugleich auf dem Weg des Vertrags zugunsten Dritter mittelbaren Besitz erwirbt. Besitz kann er aber nur erwerben durch Willenseinigung, diese Einigung muß sich in einem Grundgeschäft verkörpern. Sie ist hier ebenfalls zugunsten des Dritten erfolgt zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle, als ersterer für seinen Gläubiger die Sache in Verwahrung gab. Zugleich mit dem mittelbaren Besitz geht auch das Eigentum auf den Gläubiger über; auch hier auf Grund einer in der Hinterlegung enthaltenen Einigung zugunsten Dritter. Ausdrücklich ist der Eigentumsübergang im Gesetz nicht ausgesprochen, aber er muß dem Eintritt der Liberation des Schuldners von seiner Verbindlichkeit entsprechen, die nach § 378 mit dem Ausschluß des Rücknahmerechts des Hinterlegers eintritt [1].

Die Begründung des Besitz- und Eigentumsübergangs auf den Gläubiger ist eine sehr verschiedene: der eigentliche Grund wird stets in dem Erwerb des Herausgabeanspruchs erblickt. Aber wie die Einigung über den Eigentumsübergang herstellen? Obwohl für den Besitzübergang dieselbe Willenseinigung erforderlich ist, wird ihrer gewöhnlich zu Unrecht nicht gedacht. Sowohl Besitz als Eigentumserwerb des Gläubigers beruhen auf einer Einigung; für beide muß daher die Antwort dieselbe sein. Schollmeyer [2] u. a. nehmen Eigentumsübergang nach Analogie des § 931 an, sobald sich Hinterleger und Gläubiger über den Eigentumsübergang im Sinne des § 929 geeinigt hätten. Der Wille des

nimmt er Alleinbesitz des Schuldners nach erklärter Rücknahme und Alleinbesitz des Gläubigers nach Ausschluß des Rücknahmerechts des Schuldners an. Vgl. Beer a. a. O. S. 111. Nach Rehbeins Ansicht könnte der Hinterleger durch einseitige Rücknahmeerklärung den mittelbaren Besitz des Gläubigers beenden.

[1] Auch die Behandlung der hinterlegten Sache bei Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Hinterlegers deutet darauf hin, daß das Gesetz die Sache mit der Hinterlegung materiell dem Vermögen des Gläubigers zuschreibt: § 377 Abs. 2. Beachte ferner § 379. Historische Bemerkungen bei Beer a. a. O. S. 114 f.

[2] Bem. 3 zu § 378. Przibilla Diss. S. 51 und andere wollen in der Hinterlegung nur einen Antrag zum Abschluß eines Abtretungsvertrages im Sinne des § 870 sehen.

Hinterlegers auf Uebereignung an den Gläubiger ist in der Hinterlegung ausgedrückt. Aber wann vollendet sich die Einigung mit dem Gläubiger? Nach weitverbreiteter Ansicht soll die Annahmeerklärung des § 376 Abs. 2 Ziffer 2 das Akzept der in der Hinterlegung liegenden Traditionsofferte darstellen [1].

Gegen diese Konstruktion sprechen aber theoretische und praktische Bedenken. Die Hinterlegungsstelle erscheint bald als Vertreterin des Hinterlegers, bald als solche des Gläubigers, ohne daß die Parteien oder das Gesetz ihr erkennbar eine Vertretungsmacht eingeräumt hätten. Ferner wird wohl praktisch eine Annahmeerklärung im Sinne des § 376 nur äußerst selten selbst in Anwaltsprozessen vorkommen, geschweige denn wenn die Parteien ohne Rechtsbeistand handeln. Tatsächlich bedeutet diese Theorie Eigentumserwerb im Moment der Aushändigung der Sache durch die Hinterlegungsstelle an den Gläubiger.

Hellwig hat diesen Uebelstand wohl empfunden und daher gemeint, die Besitz- und Eigentumsübertragungseinigung sei durch Gesetzesvorschrift ersetzt [2]. Der Unterschied seiner Lehre von der der Gegner beruht vor allem darin, daß er Eigentumserwerb im Moment des Rücknahmeausschlusses für den Schuldner, seine Gegner aber von der Annahmeerklärung durch den Gläubiger an eintreten lassen. Die Einigung ist aber tatsächlich vorhanden und braucht nicht erst gesetzlich fingiert zu werden: sie liegt in der Hinterlegung. Und zwar ist es eine Einigung des Schuldners und der Hinterlegungsstelle zugunsten eines Dritten, in ihrer Wirksamkeit bedingt durch den Eintritt des Ausschlusses des schuldnerischen Rücknahmerechts.

Von einem Aufdrängen des Eigentums, das gegen das Konsensprinzip verstieße, kann keine Rede sein, wie oben schon betont wurde [3]. Uebrigens „drängt" die gesamte herrschende Lehre selbst dem Gläubiger den mittelbaren Besitz durch den Hinter-

---

[1] Vgl. Oertmann Bem. 6 b vor § 372. Crome II S. 282 ff. Planck Bem. 5 zu § 378. Enneccerus, Lehrbuch I[3] § 290 II 2 S. 729. Beer a. a. O. S. 116 ff. Eine andere „Annahmeerklärung" pflegt überhaupt nicht vorzukommen.

[2] A. a. O. S. 456.

[3] Unter III.

legungsvertrag zugunsten Dritter auf, ohne nach seinem Willen zu fragen, obwohl jede Besitzübertragung ebenfalls auf einer Einigung, einem Konsens, beruht.

2. Ganz ähnlich liegen die Dinge beim Frachtvertrag.[1] Wenn der Absender dem Adressaten den Herausgabeanspruch nicht ausdrücklich abgetreten hat, so erwirbt letzterer Besitz und Eigentum an der Ware doch nicht erst durch reale Uebergabe, sondern in dem Moment, in dem der Empfänger nach § 433 ff. HGB. ausschließlich über das Frachtgut zu verfügen berechtigt ist[2]. Dieses Recht entspringt dem zwischen Absender und Frachtführer zu seinen Gunsten abgeschlossenen Frachtvertrag, einer Unterart der Verträge zugunsten Dritter[3].

Besitz und Eigentum gehen über, wenn die Abreden zwischen Absender und Frachtführer Anhaltspunkte einer diesbezüglichen sachenrechtlichen Einigung zugunsten des Adressaten ergeben. Sie liegt aber nicht schon in jedem Frachtvertrag, darin unterscheidet sich dieser Fall von der Hinterlegung. Ebensowenig ist es richtig, einen Traditionsvertrag ganz allgemein stets in der Aushändigung des Frachtbriefs durch den Frachtführer und seiner Annahme durch den Adressaten anzunehmen, wobei der Frachtführer die Rolle des Ueberbringers der Traditionsofferte spiele[4 5].

[1] Hellwig a. a. O. S. 477 ff., insbesondere S. 491. Kniep a. a. O. S. 143. Hellhoff a. a. O. S. 25 ff. Przibilla, Diss. S. 51 ff. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 87 Ziffer 5 b. Staub, Kommentar II Anm. 6 zu § 433 und Anm. 110 Exkurs zu § 382.

[2] Anders nach § 36 der Postordnung für das Deutsche Reich vom 11. Juni 1892, nach der der Empfänger schon mit der Aufgabe des Guts das Recht erhält, an jedem Unterwegsort die Aushändigung zu verlangen. Vgl. Przibilla Diss. S. 51 Anm. 4.

[3] So Hellwig a. a. O. S. 477 ff. Cosack a. a. O.

[4] Przibilla, Diss. S. 52 f. Dagegen Staub a. a. O. Bem. 110 zum Exkurs zu § 382. Litthauer, Bem. d zu § 433 HGB.

[5] Einem Besitz- und Eigentumsübergang in der oben angegebenen Weise, der vor der realen Uebergabe der Waren erfolgt, steht ein Bedenken aus § 44 KO. nicht entgegen (vgl. Hellwig a. a. O. S. 491 f.). Der Absender verliert sein Verfolgungsrecht, das ihm dort zugebilligt ist, dadurch noch nicht. Es ist allgemein anerkannt, daß er seinen Verfolgungsanspruch geltend machen kann, wenn auch das Eigentum an den Waren schon vor Konkurseröffnung auf den Empfänger übergegangen ist (ROHG. Bd. 24, 351. RGE. Bd. 31, 136; 32, 19 ff.), solange nur der Erwerber nicht

3. Schließlich mag noch die Anweisung Erwähnung finden. v. Tuhr[1] hält es für selbstverständlich, daß nach dem BGB. Besitz und Eigentum erst mit der Leistung des Angewiesenen auf den Anweisungsempfänger übergehen; sicher mit Recht für die nichtakzeptierte, in den § 783 ff. geregelte Art der Anweisung. Aber in anderen Fällen der Anweisung, die nicht unmittelbar unter die §§ 783 ff. fallen[2], wird man doch unter Umständen einen früheren Eigentumsübergang bejahen dürfen.

Ein Besitzerwerb des Anweisungsempfängers kann überhaupt nur in Frage kommen, wenn er einen zur Besitzvermittelung geeigneten Herausgabeanspruch erwirbt. Das ist aber nur der Fall, wenn der Anweisungsempfänger zum Erwerb der Leistung nicht bloß ermächtigt, sondern auch berechtigt ist, sei das nun infolge Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen nach § 784 oder indem sonstwie der Anweisende von ihm sich die Leistung an den Dritten in einer den Dritten unmittelbar berechtigenden Weise versprechen läßt[3]. Erfolgt das Akzept der Anweisung durch den Angewiesenen vor der Aushändigung an den Anweisungsempfänger, so liegt ein zweifelloses Leistungsversprechen zugunsten Dritter vor; anders wenn der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber nach Aushändigung der Anweisung akzeptiert. Rechtlich sind beide Fälle vom Gesetz gleich behandelt[4].

Ehe nicht der Anweisungsempfänger ein eigenes Herausgaberecht hat, besteht auch keine Besitzvermittelungsgrundlage für einen mittelbaren Besitz. Aber selbst ein solcher Anspruch dürfte nicht immer geeignet sein zur Subsumtion unter § 868 BGB. Der Angewiesene ist nach § 784 dem Anweisungsempfänger gegenüber nur verpflichtet zur Leistung einer bestimmten Anzahl vertretbarer Sachen. Der Angewiesene übt aber

---

den Gewahrsam, d. h. den unmittelbaren Besitz erlangt hat. Mittelbarer Besitz ist noch keine Gewahrsamsbegründung (Jäger, Kommentar, Anm. 16 zu § 44. Staub, Anm. 109 zum Exkurs zu § 382).

[1] Iherings J. Bd. 48 S. 45 Anm. 66.

[2] Vgl. darüber Planck, Vorbem. II vor den §§ 783 ff. Rümelin, Arch. Civ. Prax. Bd. 97 S. 259 ff.

[3] Vgl. Hellwig a. a. O. S. 147, 274 f.

[4] Hellwig a. a. O. S. 275 Anm. 541. Motive II S. 561.

nicht etwa schon von dem Akzept an an bestimmten Gegenständen den Besitz für einen Besitzherrn aus noch ist er ihm gegenüber zum Besitz berechtigt und verpflichtet. Es ist ein selbstverständliches Erfordernis des mittelbaren Besitzes nach § 868, daß sich das Rechtsverhältnis auf genau konkretisierte Gegenstände bezieht [1]. Ehe also nicht eine genügende Konkretisierung des Leistungsobjekts vorgenommen ist, vermag der Anspruch des Anweisungsempfängers zur Besitzvermittelung nicht zu dienen. Und selbst wenn die Objekte der Leistung genau bestimmt sind, so fragt es sich doch, ob denn wirklich der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber zum Besitz an diesen Gegenständen berechtigt und verpflichtet ist. Das ist aber wohl meist nicht der Fall, sowenig wie beim bloßen Anspruch auf Uebergabe der Sache aus Kauf [2] [3].

Also selbst nach Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen ist nicht ohne weiteres das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses nach der Art des § 868 anzunehmen, sondern nur dann, wenn eine ausdrückliche Besitzverpflichtung und Berechtigung des Angewiesenen be-

[1] So nachdrücklich das Reichsgericht Bd. 52 S. 386 ff.

[2] So bez. des Anspruchs aus Kauf Strohal a. a. O. S. 19 zu Anm. 26. Leonhard S. 73. Staudinger Bem. II 2 zu § 868. Przibilla, Diss. S. 44. Vgl. Wendt, Arch Civ Prax. Bd. 87 S. 63.

[3] Allerdings besteht beim Kauf eine Kustodierungspflicht des Verkäufers zugunsten des Käufers. Aber andererseits geht das Recht des Käufers auf reale Uebergabe, er braucht sich mit dem mittelbaren Besitz nicht zu begnügen, zumal mit der Uebergabe des Kaufgegenstands die Gefahr auf ihn übergeht. Nun legt man den § 446 gerade in dem Sinne aus, daß unter Uebergabe auch deren Surrogate zu verstehen sind (vgl. Oertmann II[2] Bem. 1 a zu § 446). Es wäre unbillig, die Gefahr schon mit dem Kaufabschluß auf den Käufer zu überwälzen. Dahin käme man aber, wenn in jedem Kauf ein besitzvermittelndes Verhältnis gefunden würde. Es ist daher wohl berechtigt, einen besonderen Konstitutsvertrag zu verlangen, in dem dann ein ausdrücklicher Verzicht des Käufers auf die körperliche Uebergabe liegt. Immerhin ist die Unterscheidung Kohlers (Arch. Bürg. R. Bd. 18 S. 74 ff.) von Bedeutung. Er läßt dann im Kauf ein Konstitut enthalten sein, wenn der Verkäufer keinerlei eigenes Interesse am Besitz mehr hat, wenn also das Interesse ausschließlich auf Seiten des Käufers liegt. Das werden aber oft gerade die Fälle sein, in denen die herrschende Lehre den Abschluß eines besonderen Verwahrungsvertrags annimmt.

steht, die sich auf bestimmte Gegenstände bezieht [1]. Ist eine solche Vereinbarung vor Aushändigung der Anweisung an den Anweisungsempfänger getroffen, so liegt darin, wie in dem vor der Aushändigung erfolgten Akzept der Anweisung, ein Vertrag zugunsten Dritter [2], der zur Besitzverschaffung an den Anweisungsempfänger führt. Nur ist auch hier Voraussetzung, daß die Besitzübertragungseinigung zugunsten des Anweisungsempfängers geschlossen wurde.

v. Tuhr hat auf das preußische ALR. I 7 § 67 [3] aufmerksam gemacht [4]. Die dortige Besitzanweisung umfaßt zwei ziemlich verschiedene Fälle, die Summenanweisung, die der Anweisung der § 783 ff. entspricht, und bei der Besitz und Eigentum statt an den Anweisenden an den Anweisungsempfänger geleistet werden soll und die Besitzanweisung, bei der das Eigentum dem Anweisenden zusteht und nur der Besitz

[1] Zu weit geht daher Przibilla Diss. S. 57 f. und die dort Zitierten, wenn sie schlechthin mit dem Akzept der Anweisung den Anweisungsempfänger mittelbaren Besitz erwerben lassen. Vorsichtiger, wenn schon ähnlich, v. Tuhr a. a. O.

[2] Vgl. Hellwig a. a. O. S. 274 Anm. 540, der mit Recht hervorhebt, daß der Anweisende suo nomine und nicht als Stellvertreter eines vielleicht der Person nach noch nicht einmal bekannten Empfängers handelt. Auch hier liegt es wieder nahe, Vertrag zugunsten Dritter und vollmachtlose Stellvertretung zu vergleichen. Im übrigen entsteht hier wohl infolge Verbindung des Rechts mit der Urkunde das Recht des Dritten Anweisungsempfängers aus dem Annahmevertrag zugunsten Dritter nicht schon durch den Vertrag, sondern erst mit der Aushändigung d. h. dem Erwerb der Anweisungsurkunde durch den Dritten.

[3] § 66: Wenn der, welcher die Sache im Namen des bisherigen Besitzers innehat, von demselben angewiesen wird, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzuführen, so ist die Uebergabe vollzogen.

§ 67: Der Besitz der angewiesenen Sache oder Summe fängt von dem Augenblicke an, wo die Anweisung von dem neuen Besitzer angenommen worden.

[4] A. a. O. Anm. 66. Der Vorwurf, den er Dernburg macht, ist allerdings nicht gerechtfertigt, da Dernburg Fälle des § 870 im Auge hat und nicht solche der technischen Anweisung nach § 783 ff. Im übrigen sei hervorgehoben, daß Dernburg Bd. III § 18 Anm. 8 bei den sog. Auslieferungsscheinen ganz in unserem Sinne unterscheidet, ob mit der Anspruchsabtretung die Vereinbarung verbunden ist, daß der Empfänger zugleich mittelbaren Besitz erhalte oder nicht. Das ist eben die Besitzübertragungseinigung. Vgl. ROHG. Bd. 7 S. 34, RGE. Bd. 5 S. 187 ff., 11, 58.

zu übertragen ist. Das letztere sind gerade die Fälle, in denen auf Grund eines Vertrags zugunsten Dritter z. B. ein Bankier die Wertpapiere für einen Pfandgläubiger in Verwahrung zu nehmen verspricht, die er bisher für den Eigentümer verwahrte, oder in denen eine gewöhnliche Anspruchszession oder eine Abtretung durch Vertrag zugunsten Dritter stattfindet. Diese Fälle gehören aber nicht in das Gebiet der technischen Anweisung nach § 783 BGB.

VII. Endlich ist noch kurz die Frage zu streifen, ob es eine Besitzübertragung zugunsten Dritter im Gebiete des § 870 gibt. Bei § 868 handelte es sich um die Begründung eines Anspruchs zugunsten eines Dritten durch Neuschaffung eines Kausalverhältnisses zwischen Mittler und Schuldner, während hier ein Anspruch aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Zedenten durch Vertrag zugunsten des Vertretenen, der zwischen Zedent und Mittler abgeschlossen wird, dem Vertretenen direkt erworben werden soll. Die Einigung über den Uebergang des Besitzes steht dieser Art der Uebertragung mittelbaren Besitzes jedenfalls nicht entgegen: sie kann zugunsten eines Dritten geschlossen werden.

Die Hauptfrage wäre demnach, gibt es Abtretung eines Rechts zugunsten eines Dritten[1]? Die Antwort muß ähnlich lauten, wie für die dingliche Einigung des § 929 und die Einigung über die Besitzübertragung. Sie wird bejahend ausfallen müssen, sobald man davon ausgeht, daß das Gesetz das Prinzip der Verträge zugunsten Dritter allgemein anerkannt und nicht auf das Obligationenrecht beschränkt hat. Zu letzterer Annahme liegt ein sachlicher Grund nicht vor, insbesondere kann er aus dem Konsensprinzip oder dem mangelnden Willen des Erwerbers nicht hergenommen werden. Diese Meinung ist schon oben zurückgewiesen, wo zugleich die große Aehnlichkeit mit dem Handeln eines vollmachtlosen Vertreters hervorgehoben wurde. Und wirklich ist der Unterschied zwischen Neubegründung eines Rechts und Abtretung eines bestehenden Rechtes zugunsten eines Dritten nicht groß. Das einemal entsteht das Recht des Dritten dadurch, daß Gläubiger

[1] In einer beiläufigen Bemerkung lehnt Hupka, Dis Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht S. 106 Anm. 1 ohne nähere Begründung die Zulässigkeit solcher Verträge ab.

und Schuldner mit einander das Forderungsrecht des Dritten vereinbaren. Das anderemal zediert der Gläubiger sein bestehendes Forderungsrecht an den Dritten durch Vertrag mit einem anderen; dieser andere kann auch der Schuldner sein.

Gerade der letztgenannte Fall, daß der Schuldner selbst Gegner im Abtretungsvertrag zugunsten eines Dritten ist, weist uns auf die außerordentliche Aehnlichkeit der Abtretung zugunsten eines Dritten und dem gewöhnlichen Vertrag zugunsten Dritter hin. Nimmt man nämlich bei einem gewöhnlichen Vertrag zugunsten Dritter an, der Versprechensempfänger habe auf ein eigenes Recht die Leistung an den Dritten zu verlangen verzichtet, so ist ganz dieselbe rechtliche Situation vorhanden, wie bei der Abtretung einer Forderung, die der Gläubiger mit seinem Schuldner zugunsten des Dritten vereinbart. Vorausgesetzt ist, daß auch der Vertrag zugunsten des Dritten sich auf ein bestehendes Kausalverhältnis von Gläubiger zu Schuldner bezieht, wie das besonders H e l l w i g als unerläßliche Voraussetzung solcher Verträge fordert. Dann aber erscheint doch ein solcher Vertrag zugunsten Dritter nichts anderes zu sein, als eben eine mit dem Schuldner vereinbarte Verfügung des Gläubigers über sein Forderungsrecht, also als Abtretung zugunsten eines Dritten. Die Aehnlichkeit mit einer solchen Abtretung wird nicht zum wenigsten durch § 334 bewirkt. Die Abtretung zugunsten Dritter greift nur insofern weiter, als man sie mit jedem Dritten, nicht bloß dem Schuldner abzuschließen in der Lage sein dürfte.

Zwar fehlt wie bei allen Leistungsverträgen zugunsten Dritter im Gegensatz zu den Verpflichtungsverträgen die Beziehung des Versprechensempfängers zum Promittenten (Zedenten), der erstere soll ja aus der Abtretung gerade nicht berechtigt werden. Doch wird die Abtretung meist auf Grund eines zwischen beiden bestehenden Kausalverhältnisses erfolgen, es soll z. B. die aus ihm sich ergebende Forderung des Versprechensempfängers (Mittlers) gegen den Promittenten (Zedenten) durch die Abtretung an den Dritten zur Tilgung gebracht werden [1].

---

[1] Weist der Dritte den Erwerb zurück, so erlischt dem Zessus gegenüber die nur bedingt abgetretene Forderung des Promittenten nicht. — Es ist eventuell ein durch Ausschlagung des Dritten bedingter Eigenerwerb

Der Erfüllungsvertrag bildet daher diese Rechtsbeziehung zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger [1].

Auf den Schuldner braucht weder bei der gewöhnlichen Zession noch bei der Abtretung zugunsten eines Dritten Rücksicht genommen zu werden. Und was den Dritten angeht, so ist es von seinem Standpunkt aus einerlei, ob die beiden Vertragschließenden ihm ein Forderungsrecht und dadurch mittelbaren Besitz durch Abtretung (§ 870) oder durch Neuschaffung (§ 868) zugunsten Dritter begründen. Zudem hängt ja das Zustandekommen des Vertrags zugunsten Dritter ganz vom Belieben des Zedenten, wie im gewöhnlichen Falle solcher Verträge von dem des Schuldners, ab. Sie werden sich beide darauf nur einlassen, wenn sie ihre Absichten auf solche Weise vorteilhaft erreichen, also besonders dann, wenn die Nichtverweigerung der Annahme seitens des Dritten sicher zu erwarten steht oder der Versprechensempfänger (Mittler) unbedingt sich mit einer solchen Leistung für befriedigt erklärt, einerlei ob der Dritte das Recht zurückweist oder nicht. Die eventuell entstehende Unsicherheit, ob der Dritte den Erwerb nicht zurückweise, ist nicht größer als beim Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht.

Das praktische Bedürfnis solcher Besitzübertragung bleibt freilich noch zu prüfen. Immerhin ist, wie die vorstehenden Ausführungen gelehrt haben, die tatsächliche Situation, die ihr zugrunde liegt, ganz ähnlich wie bei den einfachen Besitzverträgen zugunsten Dritter. So mag ein oben gebrauchtes Beispiel variiert werden: ein Wechselschuldner tritt an einen Treuhänder zugunsten des jeweiligen Wechselgläubigers seine Forderung aus Verwahrungsvertrag gegen einen Bankier, bei dem einige seiner Wertpapiere verwahrt sind, ab und vereinbart Uebergang des mittelbaren Besitzes und Pfandrechts auf jenen Dritten. Dem Treuhänder wird dadurch eine persönliche Aufbewahrung des Pfandobjekts, wie überhaupt eine nähere eigene Beteiligung, die für ihn Pflichten und Haftung mit sich bringt, erspart. Er hat höchstens die Abtretungsurkunde aufzubewahren und fungiert im übrigen als Zeuge für fremden Rechtserwerb, den Erwerb des jeweiligen Wechselgläubigers.

des Mittlers als vereinbart anzunehmen, anderenfalls bleibt der Zedent Schuldgläubiger.

[1] Das mag Oertmann $^{3/4}$ II Bem. 5c vor §328 gegenüber betont sein.

§ 9. Erwerb durch Besitzgehilfen.

I. Das Verhältnis tatsächlicher Herrschaft braucht der Besitzerwerber nicht selbst herzustellen. Befindet sich eine Sache in seiner Machtsphäre und hat er den Besitzwillen, so ist er Besitzer, einerlei, wer das Gewaltverhältnis hergestellt hat. Jede beliebige Person ist in der Lage, das äußere Herrschaftsverhältnis für ihn zu begründen: Besitzer ist der so Unterstützte in dem Moment geworden, in dem mit seinem Willen die Sache seiner Gewaltsphäre tatsächlich eingefügt ist oder wenn er die ohne sein Wissen hergestellte Einfügung nachträglich genehmigt hat. Vorausgesetzt ist dabei, daß diese Gehilfen im Besitzerwerb rein faktische Handlanger ohne eigenen Besitzwillen sind oder doch den von ihnen innegehabten Besitz aufgeben wollen.

Eine besondere Gruppe unter diesen Helfern hat das Gesetz um ihrer nahen Beziehungen zum Erwerber willen privilegiert. Befindet sich nämlich der Gehilfe von vornherein schon in einer gewissen Unselbständigkeit in bezug auf den Erwerb der Sache, infolge deren er von dem Willen des Erwerbers in seiner Gewaltausübung über die Sache abhängig ist, so läßt das Gesetz den Herrschaftskreis des Erwerbers sich erstrecken über den Bereich eigener tatsächlicher Macht hinaus auf die tatsächliche Herrschaft des Gehilfen. Was also der Gehilfe innehat, hat der Herr inne, weil der Herr die Macht über den Gehilfen hat. Es liegt nicht ferne, an das Beispiel des römischen Rechts zu denken, nach dem man possessio hatte an dem, was der Sklave besaß, weil man ihn selbst besaß. Der Besitzdiener des § 855 BGB. erwirbt also seinem Herrn schon dann Besitz, wenn er die Sache in seine tatsächliche Gewalt gebracht hat und nicht erst, wenn letzterer selbst in der Lage ist, sie zu beherrschen.

So klar dieser Grundgedanke des § 855 ist, so schwer fällt es im einzelnen die Grenze zu ziehen, welche Personengruppen des vielgestaltigen Lebens unter ihn einzubeziehen sind. Die Theorie muß sich hier beschränken, im allgemeinen gewisse Kriterien aufzustellen. Die nähere Ausgestaltung ist der Rechtsfindung der Praxis vorzubehalten, die von Fall zu Fall zu entscheiden hat. Ein sicher zutreffendes Merkmal, das in keinem Falle uns im Stiche ließe, kann wohl kaum aufgefunden werden. Zu einer Unmöglichkeit vollends wird dieses Beginnen, wenn man unter

die Besitzgehilfen auch die Fälle der sog. momentanen Detention rechnet, wie das heute meist üblich ist. Die letztere beruht auf völlig anderer Grundlage und wird vom Wortlaut des § 855 sicher nicht getroffen [1]. Es kann sich also nur um eine analoge Anwendung handeln, da momentane Detention und Besitzdienerschaft, was ihre rechtlichen Wirkungen betrifft, sich ähnlich sind. Wollte man aber die momentane Detention mit in den Begriff der Besitzdienerschaft des § 855 zwängen, so hieße das ihren Rahmen sprengen. Es verhinderte uns, ein gemeinsames Element herauszufinden; andererseits wird man dadurch verleitet, für die Besitzgehilfenschaft Voraussetzungen aufzustellen, die zweifellos nicht von ihr zu fordern sind [2].

Man hat als Kriterium der Besitzgehilfenschaft aufgestellt „das Verhältnis der Abhängigkeit des Inhabers in betreff seines Gebahrens mit der Sache von den anderen“ [3], „das Befehlsrecht des Herrn und die Gehorsamspflicht des Gehilfen, die sich aus der Befehlsordnung der Gesellschaft oder des öffentlichen Rechts ergibt“ [4]. Sicher ist es richtig, in dieser Richtung das Merkmal der Besitzdienerschaft des § 855 zu suchen. Es ist das Verhältnis der völligen Abhängigkeit des tatsächlichen Inhabers

[1] Der sog. momentane Detentor steht zu dem Besitzer gewiß nicht in einem Verhältnis, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Das wird man doch z. B. von dem Schulbeispiel des eingeladenen Gastes nicht im Ernst behaupten wollen. Sollte der Gastgeber ihm Weisungen geben dürfen, wie er essen solle!

[2] So ist Rohde Abschnitt XX S. 28 ff. dazu gekommen, ein nahes räumliches Verhältnis des Besitzers zu der vom Besitzdiener innegehabten Sache zu verlangen. Davon kann keine Rede sein. Bekannt ist die Ansicht Knieps, der die auf dem Markt einkaufende Köchin Besitzerin werden läßt, aus ihr aber beim Betreten des Hauses ihrer Herrschaft eine Besitzgehilfin macht. (Der Besitz S. 241 f.). Ebenso Leonhard S. 77, Strohal a. a. O. S. 12; dagegen mit Recht RGE. Bd. 72 S. 251 ff.

[3] Strohal S. 8.

[4] Leonhard a. a. O. S. 63 ff., ähnlich Endemann § 33 Z. 2, nach dem im einzelnen Fall entscheidend ist, ob nach allgemein gültigen Verkehrsanschauungen eine der körperlichen ebenbürtige soziale Sachgewalt vorhanden ist. Isay (S. 285 f.) fordert typisches offenkundiges Gestionsverhältnis; Rhode meint (S. 10 ff.), nur unter dem Gesichtspunkt des römischen Besitzes durch Stellvertreter lasse sich § 855 erklären. Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 241 ff., 431 Anm. 450.

von dem eigentlichen Herrn in bezug auf die Sache, die sich gründet auf die soziale Einschätzung der Stellung des Besitzdieners zu seinem Herrn und die dadurch bedingte Auffassung der Beziehung dieser Personen zu der Sache.

Die Abhängigkeit des Besitzdieners in bezug auf die Sache äußert sich darin, daß der Herr jederzeit ausschlaggebend in den Besitz des Dieners eingreifen und jede eigene Bestimmung des Inhabers ohne weiteres zurückdrängen kann. Ein solches Verhältnis kann nicht auf bloßer obligatorischer Gebundenheit beruhen, es muß noch eine soziale Abhängigkeit hinzukommen [1]. Der Herr hat auf Aushändigung der Sache durch den Diener nicht etwa bloß einen obligatorischen Anspruch [2], sondern er kann die Sache demselben ohne weiteres wegnehmen; widersetzt sich der Diener [3], so begeht e r verbotene Eigenmacht und nicht der Herr [4]. Diese Stellung des Herrn beruht auf den sozialen Verhältnissen und Anschauungen, aus denen das Gesetz in § 855 die Konsequenzen zieht, nicht etwa ergibt sie sich ohne weiteres aus dem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Herrn und Diener. Nicht „Anspruch und Schuld, sondern Befehl und Gehorsam“ ist das Entscheidende [5].

In weitaus den meisten Fällen der Besitzgehilfenschaft bei Dienstboten, kaufmännischen, industriellen und landwirtschaftlich Angestellten hat der Besitzherr selbst, auch ohne Vermittlung der Besitzgehilfen den unmittelbaren Besitz [6]. Wenn nun

[1] Vgl. Strohal S. 8.

[2] So Isay S. 282.

[3] Darüber, daß der Besitzdiener seinem Herrn gegenüber kein Retentionsrecht hat, vgl. Staudinger Bem. 7b zu § 855; Rohde S. 49; Prot. Bd. 3, 32.

[4] Enneccerus-Wolff S. 6 I.

[5] Enneccerus-Wolff II § 6 III S. 13.

[6] Das wird zu Unrecht von Rohde a. a. O. S. 6 ff. verkannt, der dem Besitzherrn nie eigenen unmittelbaren Besitz, sondern stets nur einen vermittelten zuschreibt. Soll wirklich der Kaufmann, der neben seinem Kommis im Laden steht an den Waren, die Hausfrau an dem Küchengerät keine direkte Gewalt haben? Vgl. hiezu auch Planck Bem. 1 zu § 855, Endemann § 33 Anm. 5. Rohde meint, nach dieser Auffassung müsse der Besitzer, wenn der Besitzdiener es nicht zulassen wolle, ehe er auf die Sache einwirken könne, erst dessen Kraft überwinden und es sei keineswegs wahrscheinlich, daß er dem Besitzdiener an physischer Kraft überlegen sei. Unmöglich sei es, für entscheidend anzusehen, daß dem

neben ihm anderen Personen die tatsächliche Gewalt über dieselben Gegenstände kraft ihres Dienstes zukommt, so würde an sich entweder ein Mitbesitz beider entstehen oder unter Umständen der Besitz des Herrn zurückgedrängt. Der Angestellte manipuliert mit Sachen und übt die tatsächliche Gewalt aus, weil das seine Dienstverpflichtung fordert. Aber er hat selbst keinerlei eigenes Interesse am Besitz [1]. Bei dieser Sachlage besteht kein Anlaß, ihm die Rechtsfolgen des Besitzes zuzuschreiben. Daher bestimmt das Gesetz, daß die Gewaltausübung rechtlich nicht als Besitz zu qualifizieren sei; nur der Herr soll Besitzer sein, weil nur er die Besitzinteressen hat. Er soll den Besitzschutz haben, er soll als Eigentümer gelten, er soll ersitzen usw.

Die Besitzdienerschaft umfaßt außer den Fällen, in denen der Herr selbst eigene unmittelbare Gewalt hat, auch noch die anderen, in denen ihm keine tatsächliche Gewalt zugeschrieben werden kann, sondern sie ihm lediglich durch die Inhabung des Besitzdieners vermittelt wird. Der Mangel des eigenen Besitzinteresses führt dazu, auch hier dem Besitzdiener das Besitzrecht abzusprechen und es dem Herrn, in dessen Abhängigkeit der Angestellte steht, zuzuerkennen. Der Herr hat hier nur eine Art mittelbaren Besitz, der auf dem Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners als Besitzkorpus beruht [2]. In diesen Fällen hat § 855 nicht bloß negative, beim Gehilfen Besitz ausschließende Funktion, vielmehr begründet er positiv den an sich nicht bestehenden eigenen Besitz des Herrn.

Während es für den Erwerb des Besitzes gleichgültig ist, in welcher Beziehung der Herr persönlich sich zur Sache befindet,

---

Herrn eher Hilfe zu Gebote stehe, um die physische Kraft des Besitzdieners zu überwinden. Man käme damit zu dem für eine gesetzliche Norm durchaus unbrauchbaren Prinzip der Abwägung der individuellen Kraft!

[1] Sobald ein eigenes Interesse an der Innehabung vorhanden ist, liegt § 855 nicht vor: so auch RGE. Bd. 72 S. 285. Der Besitzmittler des § 868 dagegen hat meist eigenes Interesse am Besitz. Aehnlich unterscheidet auch Cosack § 185 VI, ob der Inhaber der tatsächlichen Gewalt auch für sich selbst eine Herrschaft über die Sache beansprucht oder nicht. Dagegen Endemann II § 33 Anm. 14.

[2] Für diese Fälle nur trifft zu, was Rohde a. a. O. S. 9 von dem Besitz des § 855 überhaupt annimmt: er bestehe in einem auf der Willensübereinstimmung der Beteiligten beruhenden mittelbaren tatsächlichen Gewaltverhältnis.

ist für die Beendigung des Besitzes des Herrn durch die Handlung des Besitzdieners die Art seines Verhältnisses zur Sache von Erheblichkeit. Hat der Herr an sich schon die tatsächliche Gewalt, so kann der Besitzdiener selber den Eigenbesitz nur erlangen durch Bruch dieser Sachherrschaft. Er steht darin jedem beliebigen anderen gleich. Wann die Gewalt dem Herrn entzogen ist, darüber entscheidet die Verkehrsauffassung. Ein Einschließen in den eigenen Schrank im Dienstbotenzimmer wird dazu noch nicht genügen; hat doch der Diener dort möglicherweise seine Livree verwahrt, deren Besitz dem Herrn ebenfalls verbleibt. Hat der Herr keine eigene tatsächliche Gewalt, sondern nur eine durch die Tätigkeit des Besitzdieners vermittelte, so besteht die Besitzhinterziehung in der Ausführung eines dahin gehenden Willensentschlusses des Besitzdieners, die sich äußern muß in einer Pflichtverletzung und Gehorsamsverweigerung. Der bloße innere Wille des Dieners genügt auch hier nicht: die Sache muß erkennbar der Herrschaftssphäre des Herrn entzogen sein. Auch hier äußert sich der Wille des Besitzgehilfen in einer Verletzung seines Gehorsamsverhältnisses zum Herrn. Die Besitzentziehung ist aber hier schon vollendet durch Verletzung des Abhängigkeitsverhältnisses, eines besonderen Bruches der tatsächlichen Gewalt des Herrn bedarf es hier im Unterschied zu den eben genannten Fällen nicht.

Nach geltendem Recht ist den Besitzgehilfen Besitz versagt. Weder der Tatbestand des rechtlich geschützten Habens noch die sonstigen Rechtswirkungen des Besitzes werden dem Besitzgehilfen zugebilligt. Er kann keinen Besitz von sich aus übertragen, da er keinen hat[1]: übergibt er eine Sache im Auftrag seines Herrn, so gilt der Herr als Tradent, er selbst ist nur Werkzeug seines Herrn. Gegen den Willen seines Herrn kann er Besitz bloß übertragen, wenn er ihn selbst zuerst durch Gewaltbruch erlangt hat.

Für unser Problem des Besitzerwerbs durch Vertreter ist zweifellos die wichtigste Frage die nach der Beschaffenheit des Verhältnisses des Herrn zum Besitzdiener. Auf ihm beruht in erster Linie die Vermittelung des Fremderwerbs. Man hat hier die Frage aufgeworfen, ob das Abhängigkeits-

[1] So z. B. RGE. Bd. 72 S. 253.

verhältnis des § 855 ein gültiges sein müsse [1]. Die Frage trifft den Kern des Problemes nicht. Der § 855 stellt nicht ab auf das Vorliegen eines privat- oder öffentlich-rechtlichen Vertrags [2], daher auch nicht auf dessen etwaige Gültigkeit. Das Besitzvermittelungsverhältnis des § 868, dem ebenfalls ein Dienst- oder anderer Vertrag zugrunde liegen kann, beweist, daß nicht die privatrechtliche Beziehung des Dieners zum Herrn es ist, auf der die Ausdehnung der Herrschaftssphäre des Herrn beruht [3]. Nicht das Vorliegen privatrechtlicher Gebundenheit bildet das entscheidende Merkmal der Besitzdienerschaft, denn auch der Beauftragte ist verpflichtet, den Weisungen des Auftraggebers Folge zu leisten [4]. Die persönliche Beziehung von Herr zu Besitzdiener, das soziale Ueber- und Unterordnungsverhältnis [5], aus dem sich die völlige Abhängigkeit des Besitzdieners dem Herrn gegenüber ergibt, bilden den Grund, warum die tatsächliche Gewalt des Dieners dem Herrn zugerechnet wird und warum sie beim ersteren nicht als Besitz erscheint [6].

Ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis kann vorhanden sein, auch ohne daß es sich auf einen privatrechtlichen Vertrag stützte: Die im Haushalt oder Erwerbsgeschäft tätigen Hausgenossen, insbesondere die Familienangehörigen können ebensogut Besitzdiener in bezug auf die ihnen bei ihrer Tätigkeit anvertrauten Sachen sein [7], als die auf Grund eines Dienstvertrags

[1] Vgl. Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust S. 140; A. A. z. B. Planck Bem. 2 zu § 855. Staudinger Bem. II 3 b zu § 855. Vgl. Prot. Bd. 3 S. 32.

[2] Vgl. auch F. Leonhard S. 63.

[3] Rohde a. a. O. S. 53 ff. will Besitzdienerschaft und Besitzvermittlung nach § 868 unterscheiden nach dem Willensinhalt der Parteiabmachungen über das Besitzverhältnis und nach dem räumlichen Verhältnis. Versagen diese Merkmale, so soll entscheiden, ob der Ueberlassung der tatsächlichen Gewalt ein prekäres oder ein Vertragsverhältnis zugrunde liege. Letzterenfalls spreche die Vermutung gegen § 855.

[4] Strohal a. a. O. S. 8. [5] Enneccerus-Wolff § 6 III.

[6] Beispiele bei Sokolowski a. a. O. S. 241 ff. — Die Uebergänge zur Besitzvermittlung nach § 868 sind oft schwer erkennbar. Man vergleiche den Lohndiener, dessen Dienste man für eine Gesellschaft von einem Lohndienerinstitut gemietet hat, mit dem Gärtnerburschen, der mit unserem Gartengerät die Anordnungen seines Herrn, dem wir die Anlegung unseres Gartens anvertraut haben, ausführt.

[7] Vgl. neuestens die RGE. Bd. 72 S. 248 ff.

angestellten Dienstboten oder Handlungsgehilfen. Ist der Vertrag nicht das ausschlaggebende Moment der Besitzdienerschaft, sondern beruht sie auf anderen Elementen, so ist auch seine eventuelle Ungültigkeit[1] ohne Folgen für das Bestehen der Besitzdienerschaft, solange nur zwischen Herr und Diener tatsächlich das Abhängigkeitsverhältnis existiert und respektiert wird.

In dem Abhängigkeitsverhältnis ist zugleich auch die Willensseite[2] der Besitzverhältnisse der Parteien enthalten. Der Herr äußert in dem Eingehen des Abhängigkeitsverhältnisses mit dem Diener den allgemeinen Willen[3], durch den Besitzdiener Besitz zu erwerben und auszuüben, wenigstens soweit dieser innerhalb des ihm überwiesenen Geschäftskreises handelt. Der Mangel des eigenen Interesses an der tatsächlichen Gewalt und der dadurch bedingte Mangel des eigenen Besitzwillens sind ebenfalls ohne weiteres in dem Abhängigkeitsverhältnisse verkörpert enthalten. Der Besitzdiener will nicht selbst besitzen, sondern für einen anderen, für seinen Herrn. Andererseits aber ist die bloße Willensäußerung[4] einer beliebigen Person, Besitzdiener in bezug auf eine bestimmte Sache für den Herrn sein zu wollen, ohne jede Wirkung. Wo die persönliche Abhängigkeit fehlt, rechnet die soziale Anschauung und mit ihr das Gesetz nie die tatsächliche Macht des einen dem anderen zu.

Die Worte „für einen anderen" im § 855 scheinen deutlich genug diese Willensrichtung des Besitzdieners anzugeben. Und doch sollen sie nach weit verbreiteter Ansicht nur rein objektiv bedeuten, daß der Besitzdiener innerhalb seines Abhängigkeitsverhältnisses gehandelt haben müsse[5]. Aber dies Handeln setzt als solches schon ohne Zweifel einen Willen voraus,

[1] Z. B. wegen Minderjährigkeit des Dienstboten, der ihn ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters einging.

[2] Vgl. Wendt a. a. O. S. 19 ff.

[3] Sokolowski a. a. O. S. 320; Endemann S. 210 Anm. 9; Przibilla, Iherings J. Bd. 50 S. 359; Dernburg III § 20 II.

[4] Vgl. Rohde a. a. O. S. 46; F. Leonhard a. a. O. S. 77, 79.

[5] Przibilla, Iherings J. Bd. 50 S. 348 und dort Zitierte; Rohde a. a. O. S. 27; Planck III Bem. 2 zu § 855; Bartels S. 656; Staudinger Bem. 4 zu § 855 sind ebenfalls gegen die Annahme eines Fremderwerbswillens. Ebenso Endemann II § 33 Anm. 17.

der eben dahin gehen muß, für den anderen und nicht für sich selbst tätig zu werden. Mag man den Willen nun enthalten sehen in den genannten Worten, oder läßt man ihn in dem die Tätigkeit des Dieners bezeichnenden Ausdruck ausgedrückt sein, eliminieren kann man ihn nicht. Auch hier muß freilich betont werden, daß er nicht positiv nachzuweisende Voraussetzung der Fremdwirkung ist. Aus dem Bestehen des Abhängigkeitsverhältnisses wird auf die normale Willensrichtung des Herrn und des Gehilfen geschlossen [1]. Es ist also nicht im einzelnen Fall der schwer feststellbare Individualwille zu erforschen, sondern die typische Willensgestaltung ohne weiteren Beweis der rechtlichen Beurteilung zu unterstellen. Entspricht die Vermutung den Tatsachen nicht, so kann sie widerlegt werden, etwa durch den Nachweis, daß der Besitzdiener den Willen, für den anderen zu besitzen oder Besitz zu erwerben, nicht gehabt habe.

Der Fortschritt des heutigen Rechts gegenüber dem gemeinen und römischen Recht besteht nicht in einer Emanzipierung vom Besitzwillen, sondern in der Zurückdrängung der Zweifelsfragen durch Aufstellung objektiver Merkmale für die Annahme des Besitzwillens. Der § 855 im Speziellen regelt die Besitzverhältnisse der Personen, für die das Sklavenrecht im alten Rom galt. Aus der universellen Causa der Sklaven, die allen ihren Erwerb umfaßte, ist heute eine generelle Causa, eine widerlegbare Zugehörigkeitspräsumtion geworden, entsprechend der veränderten sozialen Stellung der modernen Detentoren, die einen Eigenerwerb für sich selbst vollziehen können. Durch diese Möglichkeit entsteht allerdings die Schwierigkeit, wenn der Besitzdiener eine Sache erwirbt, abzugrenzen, was Eigen- und was Fremderwerb des Besitzdieners ist.

Hier muß entscheiden, wie schon Lenel [2] für das frühere Recht ausgeführt hat, ob der Erwerb des Besitzes objektiv in den Rahmen des dem Besitzgehilfen anvertrauten Geschäftskreises fällt. Ist das der Fall, so wird der Besitzerwerb für den Herrn vermutet. Doch ist diese Vermutung widerlegbar. Denn es ist eine Verkennung der Stellung des modernen Besitzgehilfen, wenn man ihnen die Möglichkeit abstreitet, beim Erwerb einen

[1] Vgl. Wendt, Besitzwille S. 19 ff.; Sokolowski a. a. O. S. 319 ff.

[2] Iherings J. Bd. 36 S. 80 ff., insbes. S. 90 ff.

Eigenerwerbswillen zu haben und daher für sich selbst zu erwerben [1]. Der Besitzdiener, der den Eigenerwerbswillen hat, erwirbt selbst dann für sich selbst, wenn das abzuschließende Geschäft objektiv in die Interessensphäre des Herrn zu gehören scheint [2], sobald er diesen seinen Willen erkennbar betätigt hat.

Schwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn die objektive Zuweisung des Geschäfts unsicher ist, der Gehilfe einen Gegenstand angeschafft hat, der ebensogut von ihm privatim, wie innerhalb seines Anstellungsverhältnisses erworben sein kann. An sich könnte man auch hier stets die Möglichkeit der Zugehörigkeit zur Interessensphäre des Herrn entscheiden lassen und einen anderen nicht genügend geäußerten Willen des Gehilfen nicht beachten. Billiger aber erscheint es, anders zu verfahren: in Zweifelsfällen muß den Ausschlag geben, auf wessen Rechnung das Kausalgeschäft ging. Dies Moment wird zwar heute öfters zurückgewiesen, aber in der eben näher begrenzten Situation nicht zu Recht. Schon die Römer haben ähnlich entschieden, wenn z. B. ein Sklave die Möglichkeit hatte, für zwei verschiedene Rechtskreise unmittelbaren Erwerb zu vollziehen: l. 25 § 1 D. 7, 1 [3]. Damit wäre auch der berühmte Eckesche Fall der Hausdame [4] in billiger Weise gelöst, wenn man überhaupt Zweifel haben wollte, ob die Anschaffung silberner Löffel in den Geschäftsbereich der Hausdame fällt oder ein Privatgeschäft für ihre eigene Person ist.

Entscheidend dafür, ob der Herr durch die Handlung des Besitzdieners Besitz erwirbt, ist also das Bestehen eines Ab-

[1] Zitate bei Wendt a. a. O. S. 20.

[2] Vgl. Rohde a. a. O. S. 13, 61 ff. Der berühmte Fall des Kellners im „Schwan" zu Frankfurt, der für Bismarck ein Tintenfaß mit seinem eigenen Gelde kaufte, als dieser ein solches verlangte, ist nicht unter allen Umständen zugunsten des Wirts zu entscheiden, zumal es wohl kaum zum Geschäftskreis des Kellners gehört, Mobiliar für die Fremdenzimmer auf Rechnung des Hotelbetriebs anzuschaffen. A. A. Kniep, Der Besitz S. 241; Przibilla S. 356 Anm. 2.

[3] Ebenso l. 43 § 10 D. 21, 1; l. 43 § 2 D. 41, 1. Vgl. Strohal, Iherings J. Bd. 27 S. 348 Anm. 15. Siehe auch Kniep a. a. O. S. 203; Windscheid I S. 174 Anm. 9 über die rei vindicatio utilis, bei der ähnliche Gründe vorliegen.

[4] Die Literatur bei Przibilla, Iherings J. Bd. 50 S. 351; Kaemmerer S. 149. Auch der Fall des Kellners im „Schwan" zu Frankfurt kann unter Umständen hierhergezogen werden.

hängigkeitsverhältnisses, die Erlangung der tatsächlichen Macht durch den Gehilfen und die objektive Zugehörigkeit des Geschäfts zum Wirkungskreis des letzteren bezw. zur Interessenssphäre des ersteren. An weitere Voraussetzungen ist der Erwerb durch Besitzdiener nicht geknüpft. Einerlei ist die Art des Auftretens des Besitzgehilfen nach außen, gleichgültig, ob das dem Besitzerwerb zugrunde liegende Kausalgeschäft infolge des Offenheitsprinzips des § 164 auf den eigenen Namen des Gehilfen oder den seines Herrn geht [1]. Insbesondere wollen die oben schon besprochenen Worte des § 855: für „einen anderen" nicht besagen, der Besitzgehilfe müsse ausdrücklich oder doch erkennbar für den anderen auftreten, um ihm direkt den Besitz zu verschaffen [2]. Das dürfte wohl allgemeine Meinung sein. Normalerweise entscheidet das Innenverhältnis zwischen Herr und Besitzdiener, wer von beiden erwirbt. Gibt also der Herr z. B. seinem Diener den Auftrag, eine billige Zigarrensorte im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Herrn zu kaufen, weil er nicht haben möchte, daß das Geschäft auf seinen, des Herrn Namen gehe, so ist unbedenklich direkter Besitzerwerb des Herrn anzunehmen. Ebenfalls entscheidend ist die Innenbeziehung, wenn der Herr seinem Diener eine Uhr schenken will und ihm erlaubt, sich eine solche auf seinen — des Herrn — Namen und Rechnung zu kaufen.

Diesem Resultat steht, wie wir schon öfter hervorzuheben Gelegenheit hatten, auch nicht der Charakter der Besitzübertragungseinigung entgegen. Sie weist als Uebergabeerwerber den auf, den es angeht. Denn dem Tradenten wird es im Zweifel gleichgültig sein, wer erwirbt. Er könnte auch den Besitzerwerb des Herrn durch den Gehilfen nicht hindern, sobald er selbst die Sache aus der Hand gegeben hat. Ebensowenig, wie er ihn durch

---

[1] Eigenartig Leonhard a. a. O. S. 98, der annimmt, Besitzdiener, die das Kausalgeschäft im eigenen Namen abschlössen, erwürben selbst das Eigentum (und somit auch wohl den Besitz), übertrügen es aber sofort auf den Herrn, sofern der Erwerb auf dem Abhängigkeitsverhältnis beruhe. Also ein Besitzübergang ex lege.

[2] Vgl. Dernburg III § 20 II 3; Przibilla, Iherings J. Bd. 50 S. 348 f.; Rohde a. a. O. S. 27; Heinrichs a. a. O. S. 41; Kniep S. 241; Rümelin, Arch Civ Prax. Bd. 93 S. 218; Isay a. a. O, 352. Genaue Literaturangaben bei Przibilla a. a. O. S. 355 Anm. 2 und bei Kaemmerer S. 145 ff.

seinen bloßen Willen bei dem Vertretenen hervorzurufen in der Lage wäre. Darüber entscheidet allein, in welchen Beziehungen der Gehilfe zum Herren steht. Der Besitzerwerb nach § 855 ist ja nur eine Abart der Herstellung des Besitzkorpus für den Herrn.

Der Besitzgehilfe erwirbt seinem Herrn bei Vorliegen der objektiven Merkmale nicht bloß den unmittelbaren Besitz nach § 854 Abs. 1 und Abs. 2, ohne daß seine Eigenschaft nach außen hervortreten oder er selbst im Namen seines Herrn handeln müßte. Ganz ebenso verschafft er nach § 868 und 870, auch wenn er selbst Forderungsgläubiger ist, doch direkt seinem Herrn den mittelbaren Besitz: also wenn er ein besitzvermittelndes Kausalgeschäft abgeschlossen hat, ohne die Person seines Herrn hervortreten zu lassen [1] und dieses daher gemäß § 164 BGB. als zwischen ihm und seinem Gegner begründet gelten muß. Denn er hat den mittelbaren Besitz als einen fremden für einen anderen erworben. Die Gewalt, die er auf solche Weise erlangt, ist Gewalt des Herrn. Dabei ist es einerlei, ob man sich den besitzvermittelnden Herausgabeanspruch auf den Herrn durch nachträgliche oder antizipierte Abtretung übergegangen denkt.

§ 10. Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 868 [2]).

I. Wenn der Tradent die Besitzübertragung an den Mittler durch Uebergabe von Hand zu Hand bewirkt,

---

[1] Vgl. Przibilla S. 347 ff., insb. 356.

[2] Aus der Literatur ist zu nennen: Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre; derselbe, Der Besitz beweglicher Sachen, Iherings J. Bd. 34 S. 1 ff.; Wendt, Der mittelbare Besitz, Arch Civ Pr. Bd. 87 S. 40 ff.; derselbe, Besitz und Besitzwille S. 22 ff.; Weidemann, Der mittelbare Besitz des BGB., Berl. Diss. 1902; Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, Freib. Diss. 1905; derselbe, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, Iherings J. Bd. 50 S. 323 ff.; Franke, Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers, Bresl. Diss. 1903; Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht; derselbe, Sachenrecht S. 218 ff.; Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen 1901; Isay, Die Geschäftsführung 1900 S. 273 ff., 337 ff.; Leonhard, Fahrniserwerb S. 70 ff.; Strohal, Iherings J. Bd. 38 S. 16 ff., 91 ff.; Klein, Der mittelbare Besitz, Bonn. Diss. 1899; Kniep, Der Besitz S. 108 ff.; Kohler, Vertrag und Uebergabe, Arch.B.R. Bd. 18 S. 73 ff.; Wendt und Gierke in den Verhandlungen des 24. Juristentags 1898; Rohde, Studien im Besitz-

so wird nach geltendem Recht der unmittelbare Besitz durch die bloße Uebergabe nur für den Fall direkt dem Vertretenen erworben, daß der Mittler ein Besitzdiener im Sinne des § 855 ist. Vollzieht sich aber der Besitzerwerb nicht innerhalb einer solchen generellen Causa sozialer Abhängigkeit, so vermag der Erwerb des Mittlers dem Herren nicht den unmittelbaren Besitz zu verschaffen [1]. Allerdings braucht die Tätigkeit eines Mittlers nicht immer ohne jede direkte Wirkung für den Vertretenen zu sein: in dem Moment, in dem der Mittler auf Grund eines Auftrags oder einer ähnlichen Rechtsbeziehung zu seinem Herrn den unmittelbaren Besitz erlangt, erwirbt er letzterem den mittelbaren nach dem Grundsatz der Zweiteilung des Besitzes in § 868 BGB.

II. Voraussetzung dafür, daß der Mittler seinen Herrn zum mittelbaren Besitzer macht, ist nach § 868 einmal der eigene unmittelbare Besitz des Mittlers und sodann ein Rechtsverhältnis zwischen Herr und Mittler, das der Besitzvermittelung dient und zugleich das Besitzkorpus des mittelbaren Besitzers darstellt. Keinen Unterschied bedeutet es, ob das Rechtsverhältnis zwischen Mittler und Herr geschlossen wird hinsichtlich einer Sache, die der Mittler bereits im Besitz hat oder ob der Mittler den Besitz erst auf Grund des Rechtsverhältnisses vom mittelbaren Besitzer ausgehändigt erhält oder von einem Dritten als Beauftragter oder Geschäftsführer z. B. erwirbt [2].

Der Besitz des Mittlers kann auch ein bloß mittelbarer sein. In einem solchen Falle vermittelt er seinem Herrn eben nur mittelbaren Besitz zweiten Grades: so wenn der Mittler im Auftrage seines Herrn ein constitutum possessorium nach § 930 für diesen abschließt. Besitzt der Mittler nicht selbst, hat er weder unmittelbaren noch mittelbaren Besitz erworben, so kann

recht, Abschnitt XXI 1907; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht Bd. II S. 248 ff., 317 ff.; Kaemmerer, Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb 1908 S. 138 ff., 152 ff.; Müller-Erzbach, Iherings J. Bd. 53 S. 362 ff.; Fleck, Arch. Bürg. R. Bd. 15 S. 337 ff.; Aravantinos, Iherings J. Bd. 48 S. 112 ff.

[1] Besitz erwürbe hier der Herr erst, wenn sie der Mittler seinerseits ihm übergeben oder sonstwie an ihr den Besitz verschafft hätte.

[2] Rohde a. a. O. S. 57.

er auch seinem Herrn keinen Besitz vermitteln. Es entsteht daher kein mittelbarer Besitz beim Herrn, wenn er mit seinem Herrn ein Rechtsverhältnis der im § 868 genannten Art zum Zwecke der Besitzvermittelung abschließt, ohne durch eigenen Besitz legitimiert zu sein. Ist freilich der Wille der Parteien der daß sich nunmehr der Mittler auf Grund dieser Rechtsbeziehung in den Besitz der Sache etwa durch Erwerb von einem Dritten setzen solle, so entsteht nach dem Willen der Parteien der mittelbare Besitz in dem Moment, in dem die Voraussetzungen des § 868 gleichzeitig nebeneinander vorliegen [1].

III. Der Besitz des Herrn beruht in erster Linie auf dem Rechtsverhältnis zu dem Besitzmittler. Der mittelbare Besitz ist nach herrschender Meinung wahrer Besitz, tatsächliches Gewaltverhältnis [2]. Das Besitzkorpus, die tatsächliche Machtstellung wird durch die Gläubigerschaft in dem Kausalverhältnis gebildet. Sie weist ihm eine gewisse Herrschaftsstellung über den Mittler ein, die sich nach unserer sozialen Auffassung als eine Art Besitzgewalt qualifiziert [3]. Zwar steht dem mittelbaren Besitzer keine direkte Einwirkungsmacht auf die Sache zu, vor allem nicht gegen den Willen des unmittelbaren Besitzers, aber ein indirekter Einfluß ist ihm nicht abzustreiten [4]. Seine Stellung ist eine provisorische, er hat auf den ihm zukommenden unmittelbaren Besitz, den er bereits hatte oder der ihm erworben werden sollte, verzichtet und ihn einem anderen auf Zeit überlassen. Er ist „Nochbesitzer", wie Gierke sich ausdrückt, wenn er die Sache dem Besitzmittler ausgehändigt hat; Auchbesitzer, wenn der Mittler sie für ihn erwirbt. Die Ueberlassung des unmittelbaren Besitzes an einen anderen, die

---

[1] Vgl. RGE. Bd. 56 S. 52 ff. erkennt ausdrücklich eine solche Vereinbarung, die dem Besitzerwerb des Mittlers vorgeht, an.

[2] Gierke DPR. § 114, Fahrnisbesitz S. 7; Crome III § 345 S. 30; F. Leonhard a. a. O. S. 70; Cosack § 185 N. 16; Endemann § 32; Weidemann S. 20 ff.; Buhl S. 39 ff.; Enneccerus-Wolff § 8 III; Strohal a. a. O. S. 16 ff.; Sokolowski a. a. O. S. 250, 433 Anm. 461; Kohler, Arch. Bürg. R. Bd. 18 S. 73 ff.; Wolff, Iherings J. Bd. 44 S. 146 ff.; Bähr, Iherings J. Bd. 26 S. 305 ff. Dagegen Wendt, Arch Civ Pr. Bd. 87; Planck Bem. zu § 868; Rohde a. a. O.; Aravantinos a. a. O. S. 112 ff.

[3] Vgl. Kipp bei Windscheid S. 795.

[4] Man denke an die §§ 536, 583.

Beschränkung der eigenen tatsächlichen Macht ist aber nur eine intermistische. Die ganze Stellung des Oberbesitzers hat die Tendenz sich wieder in den Zustand unbeschränkter Alleinherrschaft zurückzuverwandeln: endet der unmittelbare Besitz des Mittlers, ohne daß ein anderer den Besitz der Sache ergreift, so wächst die volle tatsächliche Gewalt dem bisherigen mittelbaren Besitzer von selbst wieder zu. So wird der Vermieter unmittelbarer Besitzer, sobald der Mieter auszieht [1].

Gerade darin zeigt sich, daß die Uebergabe zu Miete, Pfand usw. nicht Herrschaftsaufgabe, sondern Herrschaftslockerung, die Rückgabe an den Besteller nicht Begründung neuer, sondern Befestigung bestehender Sachherrschaft ist [2]. Der unmittelbare Besitzer übt die tatsächliche Gewalt zwar meist im eigenen Interesse, aber doch stets als eine fremde, ihm nur bedingt und auf Zeit überlassene aus. Er leitet sein Besitzrecht ab von dem Oberbesitzer und vermittelt ihm wiederum den Besitz, die tatsächliche Gewalt, die gerade sein Besitz dem Oberbesitzer entzieht. Dieser Oberbesitz ist gegenwärtige Herrschaft, deren Ausübung zum größten Teil einem anderen überlassen ist, aber es ist tatsächliche Macht, nicht bloß Anwartschaft auf künftige Macht [3].

Daher beruht denn auch der mittelbare Besitz nicht ausschließlich auf dem Herausgabeanspruch, der nur ein Mittel ist, die Anwartschaft auf künftige unbeschränkte Herrschaft zu sichern und die letztere im Notfall zu erzwingen. Freilich ist er das stärkste Machtmittel in der Hand des Herrn dem unmittelbaren Besitzer gegenüber. Daher kann durch seine Abtretung der mittelbare Besitz übertragen werden. Aber er braucht nicht fällig und unbedingt zu sein; die Parteien können ihn ausgeschlossen oder eine peremtorische Einrede geschaffen haben [4]; dann

[1] Vgl. Strohal S. 20; dagegen Rohde a. a. O. S. 55 f.

[2] So Wolff § 8 I.

[3] Dem älteren deutschen Recht bereits war diese Besitzteilung vor allem im Lehenrecht bekannt. Vgl. Gierke, Sachenrecht § 114 S. 218 ff., § 113 S. 199 ff.; Leonhard a. a. O. S. 70; Kohler a. a. O. S. 78 f. und dort Zitierte.

[4] Der Vermieter z. B. soll nach dem Mietvertrag kein Kündigungs- und kein Rückforderungsrecht haben: das kann bei einer Art Schenkung, die den Gläubigern des Mieters den Zugriff auf die Sache als Befriedigungsobjekt verwehren soll, vereinbart sein.

ist von einer tatsächlichen Macht, die sich in ihm verkörpert, tatsächlich keine Spur. Das Besitzkorpus ist nicht der Herausgabeanspruch, sondern das Rechtsverhältnis zwischen Herr und Mittler als ganzes.

Wie beim unmittelbaren Besitz die tatsächliche Gewalt wirklich vorhanden sein muß und nicht bloß in der Idee existieren darf, so muß auch hier das Besitzkorpus wirklich existieren, d. h. das Rechtsverhältnis von Mittler zu Herr muß gültig sein. Das ist freilich eine äußerst bestrittene Frage. Man läßt vielleicht ein bloßes Putativverhältnis genügen und gibt sich zufrieden, wenn der Besitzer in Anerkennung eines Verhältnisses besitzt, das, seine Rechtsgültigkeit vorausgesetzt, geeignet ist, den Besitzer einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze zu berechtigen und verpflichten [1]. Die Vertreter dieser Lehre stellen rein auf die tatsächliche Anerkennung des Oberbesitzes durch den Besitzmittler, also auf dessen inneren Willen ab. Folgerichtig ist es daher, wenn man auf diesem Wege zu einer Eliminierung des Rechtsverhältnisses aus dem Tatbestande des § 868 überhaupt kommt [2]. Das widerspricht aber vollkommen der Auffassung des Gesetzes vom Besitze. Der Wille allein ohne Korpus kann nie ein Besitzverhältnis herstellen. Schon im römischen Recht wurde eine Besitzvermittelung nur auf Grund einer gültigen causa anerkannt, wie wir oben sahen [3]. So steht es auch im heutigen Recht.

Die Grenze, in welchen Fällen Besitzvermittelung besteht und in welchen nicht, läßt sich nach der Gegenansicht gar nicht ziehen. Welche Mängel, die die Ungültigkeit der Kausalbeziehung bedingen, will man der Besitzvermittelung nicht schaden lassen? Soll die Anerkennung einer geschäftsunfähigen Person genügen? Es kann doch ein simulierter Verwahrungsvertrag

[1] Motive III S. 99; Protokolle 3 S. 198, § 805 E I, auf die sich Planck Bem. 2 S. 63 zu § 868 beruft, ferner Sokolowski a. a. O. S. 249; Heymann a. a. O. S. 148; Gierke, Fahrnisbesitz S. 7; Leonhard, Fahrniserwerb S. 71; Przibilla Diss. S. 42; Kohler S. 76; Biermann zu § 930; dagegen Isay a. a. O. S. 276; Endemann § 35; Bartels S. 659; R. Leonhard bei Eck II S. 115; Wendt, Arch Civ Prax. Bd. 87 S. 45.

[2] So Cosack II S. 63/64, dazu Isay a. a. O. S. 277.

[3] Allerdings genügte bona fides Besitz an Freien und fremden Sklaven.

z. B. nicht zur Besitzvermittelung dienen. Den fraudulösen Abmachungen zwischen den Parteien zum Schaden Dritter würde Tür und Tor geöffnet. Die betrügerischen Scheinübereignungen können nach dieser Lehre nur schwer angegriffen werden, denn an einer Anerkennung des Oberbesitzes wird es gerade hier beim Mittler, wenn er nur dadurch seine Zwecke erreicht, nie fehlen. Mit Recht fordert die Praxis mit großem Nachdruck im einzelnen Fall stets ein konkretes, genau bestimmtes Rechtsverhältnis, um betrügerischen Manipulationen, die in diesem Punkte oft eine genügende Sicherheit und Klarheit vermissen lassen, wirksam entgegenzutreten[1]. Wie aber will man ein konkretes Rechtsverhältnis verlangen, wenn schon die allgemeine Anerkennung des Oberbesitzes genügt? Welche Schwierigkeiten sich ergeben, wenn vollends die Abtretung eines nicht bestehenden Herausgabeanspruchs mittelbaren Besitz überträgt, ist bereits oben betont. Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet[2].

Am unerträglichsten aber ist die Konsequenz der Gegenansicht, daß der Besitzmittler durch bloßen Willensentschluß, wenn er dem Oberbesitzer die weitere Anerkennung versagt, den mittelbaren Besitz beenden kann[3]. Der Mittler hätte es demnach in der Hand, einseitig dem Oberbesitzer die Eigentumsvermutung des § 1006 zu entziehen und eine etwaige Ersitzung zu unterbrechen. Bei dieser Lage der Dinge müßte, das wäre eine weitere Folge, der, der sich auf das Bestehen eines mittelbaren Besitzes beruft und ihn zu beweisen hat, den Nachweis stets mit der gegenwärtig vorhandenen Anerkennung durch den Besitzmittler führen, denn der Nachweis des Rechtsverhältnisses genügte noch nicht, da der Mittler ja stets einseitig den Besitz des Herrn beenden kann.

Nach einer anderen Ansicht soll zwar die bloße Anerkennung

[1] Vgl. RGE. Bd. 49 S. 170, 54 S. 396; J.W. 1903 Beilage S. 80, 1902 S. 10.

[2] Vgl. auch Aravantinos S. 119 f.; Gierke, Der Entwurf eines BGB. S. 301 f.; Rohde a. a. O. S. 14 f.; Kipp bei Windscheid S. 797.

[3] So Cosack S. 70 f., 72 f.; Strohal a. a. O. S. 110 ff.; Endemann II S. 165 N. 22, 167 N. 31; Kniep a. a. O. S. 258, 266; Planck Bem. 3 zu § 868, dagegen Rohde a. a. O. S. 76.

noch keinen Besitz schaffen, aber andererseits auch nicht ein objektiv gültiges Rechtsverhältnis erforderlich sein. Mittelbarer Besitzer soll sein, wer einen gültigen Herausgabeanspruch hat, auch wenn ein solcher wegen der Ungültigkeit nicht aus dem Rechtsverhältnis entspringe, sondern sich aus ungerechtfertigter Bereicherung, auftragloser Geschäftsführung oder unerlaubter Handlung ergebe [1]. Auch einer solchen Annahme stehen schwere Bedenken entgegen. Denn sicher ist nicht jeder, der einen Bereicherungsanspruch hat, deshalb ohne weiteres mittelbarer Besitzer: so nicht der Verkäufer, der auf Grund eines ungültigen Kaufvertrags tradiert hat. Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung. Der bloße Anspruch auf Auslieferung des Besitzes kann nicht genügen. Zwar ist der Herausgabeanspruch der „Kern" des mittelbaren Besitzes [2], aber er ist mit nichten der mittelbare Besitz selber. Ist der Miet- oder Pfandvertrag nichtig, auf Grund dessen dem Mieter der Besitz eingeräumt wurde und besteht nun ein Bereicherungs- oder Eigentumsanspruch des Vermieters, so kann man doch nicht davon reden, daß der nunmehrige Besitzer als Mieter [3], als Pfandgläubiger besitze. Am allerwenigsten aber läßt sich behaupten, daß der Kondiktionsschuldner dem anderen Teil gegenüber zum

---

[1] So Enneccerus-Wolff § 8 I 2. Aehnlich schon Kipp bei Windscheid I S. 797; Rohde a. a. O. S. 23 ff. Vgl. ferner auch Aravantinos a. a. O. S. 121 Anm. 38, dessen Ausführungen aber nicht einwandfrei und widerspruchsvoll erscheinen. Er fordert einerseits objektives Bestehen des Rechtsverhältnisses S. 115, andererseits meint er, wenn der Mietvertrag ungültig sei, so würde wegen der notwendigen Auseinanderhaltung von traditio und causa traditionis der Vertrag nach Seite der Tradition und folglich für das Entstehen des mittelbaren Besitzes gelten. Gewiß ist die Gültigkeit der Willenseinigung über den unmittelbaren Uebergabebesitz des Mieters und den mittelbaren Besitz des Vermieters nicht abhängig von der Gültigkeit des Mietvertrags, aber durch bloße Willenseinigung entsteht noch kein mittelbarer Besitz; diese Ansicht käme auf die von Aravantinos selbst bekämpfte Lehre hinaus, daß die bloße Anerkennung des mittelbaren Besitzes zu seiner Gültigkeit genüge.

[2] Strohal a. a. O. S. 59.

[3] Dem Wortlaut des § 868 widerspricht es, wenn einige Autoren wie z. B. Rohde a. a. O. S. 23 f. annehmen, der Besitzmittler brauche als Nießbraucher etc. nur den Besitz erlangt zu haben. Das sei der Fall, auch wenn das Nießbrauchsverhältnis, auf Grund dessen die Uebergabe erfolgte, ungültig war.

Besitze berechtigt oder verpflichtet sei. Der Herausgabeanspruch auf Grund Eigentums soll nach allgemeiner Ansicht zur Besitzvermittelung nicht genügen; warum soll nun gerade der viel schwächere Bereicherungsanspruch diese Fähigkeit besitzen? Es geht wohl auch nicht an, nur d e n Bereicherungsanspruch zur Besitzvermittelung dienen zu lassen, der sich aus einem von den Parteien erstrebten, aber aus irgend einem Grunde nichtigen Rechtsverhältnis der in § 868 genannten Art ergibt; denn auch hier ist die Grenze schwer zu ziehen, welche Mängel bloß das Kausalgeschäft nichtig machen und nicht auch die Besitzvermittelung, und welche der Art sind, daß sie trotz Bestehens eines Bereicherungsanspruches eine Besitzvermittelung als unmöglich erscheinen lassen.

Die Frage nach der Art des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses des § 868 bedarf entschieden noch weiterer Klärung. Denn es läßt sich nicht verhehlen, daß, wenn man Gültigkeit des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses verlangt, bei vorliegender Ungültigkeit die Lage der Parteien eine eigenartige ist. Zwar erleidet der bisherige Besitzer, der etwa zu Zwecken der Eigentumsübertragung mit dem Erwerber einen ungültigen oder erfolgreich angefochtenen Konstitutsvertrag abschließt, keinerlei Besitzeinbuße: sein scheinbarer Fremdbesitz ist stets Eigenbesitz gewesen, die Ersitzungszeit ist nicht unterbrochen worden. Anders aber liegen die Dinge, wenn der mittelbare Besitz seinen unmittelbaren Besitz zur Schaffung des Besitzverhältnisses nach § 868 hergab. Dann hat bei Ungültigkeit des Besitzvermittelungsverhältnisses der Tradent jeden Besitz verloren. Damit muß er freilich rechnen, sobald er die Sache aus der Hand gibt. Aber andererseits wollte der Erwerber den unmittelbaren Besitz nur als einen fremden und gar nicht als Eigenbesitz erwerben. Die Ersitzung z. B. wird schon durch den Mangel des guten Glaubens für ihn ausgeschlossen. Andererseits verliert er die Möglichkeit einer laudatio auctoris nach § 76 CPO., auch könnte er sich nicht mehr nach § 986 BGB. auf das Recht seines Oberbesitzers zum Besitz berufen. Der Tradent seinerseits verliert die Eigentumspräsumtion nach § 1006, seine Ersitzung wird nach § 940 Abs. 1 unterbrochen. Wem sollen in der Zwischenzeit, bis der Tradent seinen Besitz wieder erlangt hat, die Rechtsfolgen zustehen, die

der Fremdbesitzer nicht erwerben wollte und der Tradent doch verloren zu haben scheint.

Hier muß uns der Einigungscharakter auch dieser Besitzbegründung einen Fingerzeig geben. Der mittelbare Besitzer will sich seines unmittelbaren Besitzes nur entäußern, das ist der zweifellose Sinn der Einigung, wenn er selbst dadurch seine Besitzherrschaft nicht verliert, soweit sie für gewisse Rechtsfolgen, die nur dem Eigenbesitzer zukommen, von Bedeutung ist. Ist die Einigung ungültig, so ist damit auch seine Einwilligung in den Besitzverlust hinfällig geworden. Zwar hat er die tatsächliche Macht unwiderbringlich eingebüßt, aber sie gilt nunmehr rechtlich als unfreiwillig verloren, er hat, wie sich § 940 ausdrückt, den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren: daher wird die Ersitzungsfrist fortgesetzt und nicht unterbrochen[1]. Der Verlierer ist nach § 935 [2] gegen Eigentumsverlust geschützt, wenn der Besitzer an einen Gutgläubigen die Sache veräußern sollte. Fernerhin hat er die Klage aus früherem Besitz nach § 1007 Abs. 1 und 2. Auch beim Fruchterwerb ist er nach den §§ 955 Abs. 3, 940 Abs. 2 vor Verlust bewahrt. Und schließlich kann sich ihm gegenüber niemand auf die Eigentumsvermutung des § 1006 berufen. Er selbst genießt die Vermutung aus § 1006 Abs. 2; hält man damit zusammen die Tatsache des unfreiwilligen Besitzverlusts, so ergibt sich daraus eine Vermutung für das Fortbestehen seines Eigentums.

So kommt man auf anderem Wege, wie die oben bekämpften Theorien zu ähnlichem, ja sogar günstigerem Resultat für den mittelbaren Besitzer,; es gelingt, ihn vor dem Verlust der Rechtsfolgen aus dem Eigenbesitz zu schützen. Was gegen die beiden anderen Theorien spricht, ist die Unklarheit, wie ihr Anwendungsgebiet abzugrenzen ist und die naheliegende Gefahr, daß aus ihnen auch für andere Probleme, wie z. B. die Beendigung des mittelbaren Besitzes, Schlüsse gezogen werden, in Fragen also

[1] § 940 Abs. 2, 900 Abs. 1, 927 Abs. 1, 945, 1033. Die präklusivische Jahresfrist ist zu berechnen nicht etwa vom Moment des Vertragsschlusses an, sondern von dem Moment an, wo der mittelbare Besitzer von der Ungültigkeit erfährt; bei anfechtbarer Besitzbegründung vom Moment der Anfechtung an. Das erfordert eine zweckentsprechende Anwendung dieser Gesetzesbestimmung.

[2] § 926 Abs. 2, 1207, 1208.

für die sie nichts besagen. Immerhin besteht kein großer materieller Unterschied in den Resultaten, die ja auch schon durch die ganze Lage der Verhältnisse vorgezeichnet sind.

Es ist hier nicht der Ort, auf die zahlreichen Streitfragen einzugehen, welche Rechtsverhältnisse im einzelnen unter § 868 fallen, welche Verhältnisse den dort genannten ähnlich sind und welches das allen Fällen gemeinsame Merkmal ist [1]. Nur eine Frage sei noch kurz berührt. Wenn ein Vertreter für einen Vertretenen tätig wird, um diesem Besitz und Eigentum zu verschaffen, so geschieht das meist auf Grund eines Dienstvertrags oder Auftrags. Fallen diese beiden Vertragskategorien unter die besitzvermittelnden Rechtsverhältnisse des § 868 BGB? Die herrschende Meinung betrachtet Auftrag und Dienstvertrag als zur Besitzvermittelung taugliche Rechtsverhältnisse [2]. Der für den mittelbaren Besitzer unerläßliche Besitzwille muß sich darin äußern, daß der Beauftragte nicht schlechthin Besitz erwerben soll, sondern direkt für ihn, den Auftraggeber. Es kann wohl kein Zweifel bestehen, daß wenn er der Beauftragte, als solcher in Ausführung des Auftrags den Besitz einer Sache erwarb, vom Momente der Besitzerlangung an der Sache an dem Auftraggeber gegenüber zum Besitz der Sache verpflichtet ist und zugleich der Auftraggeber einen Anspruch auf Herausgabe eben dieser Sache hat. Voraussetzung ist, daß der Auftrag seinem Sinne nach — ausdrücklich werden die Parteien diesen Punkt nicht regeln — auf direkten Erwerb für den Auftraggeber geht und der Beauftragte die Sache nicht für sich erwerben will. Solange der Beauftragte unmittelbarer Besitzer ist, hat er ge-

[1] Ueber diese Fragen Rohde a. a. O. S. 46 ff.

[2] Rümelin S. 262; Planck 3 III S. 62 f., Bem. 2/3; Staudinger Bem. III 2 a und 3 b zu § 868; Bartels S. 659; Jung S. 206; Osten S. 53; F. Leonhard S. 60 ff.; Kaemmerer S. 161 ff.; Sokolowski S. 318; Endemann § 32 S. 164 Anm. 15; Przibilla, Iherings J. Bd. 50 S. 332; Rohde a. a. O. S. 17, 48 ff.; dagegen Enneccerus-Wolff § 8 I b, der ausführt, der Beauftragte sei in Ansehung dessen, was er aus der Geschäftsführung im eigenen Namen erlange, nicht Mittler des Geschäftsherrn; also in der Besitzverschaffung wohl überhaupt nie, da er nach ihm — § 14 Anm. 8, § 66 Anm. 5, 6 — den unmittelbaren Besitz stets notwendig im eigenen Namen erlangt. Anders dagegen in Anm. 8 des § 14, wo das Auftragsverhältnis schlechthin genügen soll. Vgl. OLGE. Bd. 8 S. 114.

wissermaßen nur prokuratorischen Besitz [1], nur Fremdbesitz, sein Besitz ist in diesem Sinne ein ihm bloß anvertrauter [2], ein Besitz der eigentlich zu dem Vermögen des Auftraggebers gehört, mit einem Vermögensopfer [3] des Auftraggebers erkauft ist.

Ganz ebenso ist der Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln. Auch er ist zur Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten dem Herrn gegenüber verpflichtet, wenn er direkt für ihn erwerben will, aber auch weiter verpflichtet bis zur tatsächlichen Herausgabe an den Herrn das Erlangte zu besitzen und zu verwahren [4]. Er vermittelt also, wenn er als Geschäftsführer ohne Auftrag den Besitz einer Sache erlangt hat, dem Geschäftsherrn den Besitz, sobald dieser Genehmigung erteilt. Nicht erforderlich ist, daß der Mittler nach [5]. außen im Namen des Erwerbers handelt noch daß das Kausalgeschäft auf dessen Namen gestellt wird. Streitig wiederum ist, ob der Genehmigung eine rückwirkende Kraft innewohnt. Gerade im Besitzrecht glaubte man sie verneinen zu müssen [6]. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß der mittelbare Besitz auf einem obligatorischen Vertragsverhältnis beruht. So gut nun nach § 184 für den obligatorischen Vertrag als solchen Rückwirkung gilt, so gut kann sie auch für ihn als besitzmitteln-

---

[1] So Kipp bei Windscheid I S. 698 Abschnitt II 1 b.

[2] Im Sinne Strohals a. a. O. S. 20.

[3] Im Sinne Leonhards a. a. O. S. 61.

[4] So die Denkschrift zum G. betreff. Aenderungen der CPO. S. 19; Bekker, Iherings J. Bd. 34 S. 21; Kipp I S. 796; Endemann § 32 Anm. 15; OLGE. Bd. 8 S. 114; RGE. Bd. 63 S. 18. Die Frage ist sehr bestritten, vgl. vor allem die ausführlichen Darlegungen bei Kaemmerer S. 162 ff. und Przibilla, Iherings J. Bd. 50 S. 362 ff. Dort ist auch die viel behandelte Frage der Besitzvermittelung des Finders behandelt. Dazu vgl. Wendt, Arch Civ Pr. Bd. 87 S. 62 ff.; Strohal a. a. O. S. 22 ff.; Staudinger Bem. III 2 b zu § 868; Rohde a. a. O. S. 52 ff. Das OLG. Hamburg hat sich sowohl für die Besitzvermittelung des Geschäftsführers ohne Auftrag, als auch für die des Finders ausgesprochen: Hans. Ger. Z. 1904 Beibl. 17 ff., Bd. 9, VIII, 114 (vgl. Kaemmerer S. 163); Seufferts Archiv Bd. 59 Nr. 104.

[5] Rohde a. a. O. S. 50 ff.

[6] Isay S. 360; Przibilla, Iher. J. Bd. 50 S. 371; Savigny, Besitz S. 365; dagegen für Rückwirkung Endemann I § 39; Kaemmerer S. 164: Lenel, Iherings J. Bd. 36 S. 59 ff., 101; Mitteis, Stellvertretung S. 156 ff.; Exner, Tradition S. 134.

dem Rechtsverhältnis gelten. Diesen Standpunkt teilt offenbar das Reichsgericht in der Entscheidung in Bd. 63 S. 18; hier hatte ein Bankier für einen Kunden vor Konkursausbruch Geld in einen Briefumschlag gelegt; das Reichsgericht hielt Eigentumsübergang durch constitutum possessorium mit sich selbst als auftragslosem Geschäftsführer des Kunden für möglich [1] und legte der Genehmigung rückwirkende Kraft bei. Diese Annahme schreibt übrigens dem Geschäftsherrn den Besitzwillen in einem Zeitpunkt zu, in dem er von dem ihm zugedachten Erwerb noch nichts wußte, also auch noch keinen Besitzwillen haben konnte [2].

IV. Damit sind wir zu der Besprechung der letzten Voraussetzung des Erwerbes mittelbaren Besitzes durch einen Mittler gelangt: zu dem Besitzwillen des Geschäftsherrn und zu dem Vermittlungswillen des Mittlers. Wie jede zweiseitige Besitzübertragung muß auch die Verschaffung des mittelbaren Besitzes stets auf einer dahinzielenden Einigung beider Teile beruhen. Der bloße Vertrag, die Vereinbarung des Rechtsverhältnisses der in § 868 genannten Art genügt nicht [3], wenn nicht der Wille der Parteien darin seinen Ausdruck findet, daß der Herr mittelbaren Besitz erhalten, der Mittler also Fremdbesitz, der Herr Oberbesitz ausüben solle [4]. Das ist hier so wenig der Fall, wie bei der Ueber-

[1] Der Einwand Isays, die Rückwirkung des § 184 Abs. 1 sei in Abs. 2 für Vorgänge realer Natur ausdrücklich versagt, ist nicht verständlich. Gegen ihn Kaemmerer a. a. O. S. 164.

[2] Streng genommen handelt es sich hier eigentlich gar nicht um Genehmigung und ihre rückwirkende Kraft, die erst das Korpus des mittelbaren Besitzes schafft. Denn durch die tatsächliche Vornahme der Geschäftsführung durch den Mittler entsteht ohne weiteres sofort der Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn. Nur seine Pflichten und damit die Rechte seines Gegners sind unter Umständen von der Genehmigung abhängig. Das obligatorische Rechtsverhältnis, wie es zur Besitzvermittelung dient, ist vorhanden schon vor der Genehmigung. Wenn also die herrschende Lehre noch Genehmigung verlangt, so fordert sie zuviel. Wer freilich wie hier ohne den Besitzwillen des Mittlers, ohne Willenseinigung keinen mittelbaren Besitz entstehen läßt, braucht die Genehmigung als Erklärung des Besitzwillens.

[3] So hat auch das Kammergericht entschieden: durch die Bestimmung des § 868 solle nicht jeder, der einen Mietvertrag als Vermieter abgeschlossen habe, dadurch ohne weiteres mittelbarer Besitzer werden. KGBl. Bd. 14, 99.

[4] In diesem Sinne ist wohl RGE. Bd. 56 S. 54 zu verstehen. Hier

tragung bereits bestehenden Besitzes nach § 870 [1]. Freilich besteht die Vermutung dafür, daß die Parteien bei Schaffung des Rechtsverhältnisses einen solchen Willen gehabt haben, aber diese Vermutung ist widerlegbar. Jedenfalls genügt der bloße, auf Schaffung mittelbaren Besitzes gerichtete Wille der Parteien nicht dazu, solchen Erfolg herbeizuführen [2]. Er muß in die Form des § 868 gekleidet sein. Die Form allein genügt aber ebenfalls nicht [3].

Gerade im Falle des mittelbaren Besitzes wird das Willenserfordernis fast immer übersehen und doch kommt ihm dieselbe Bedeutung zu, wie in allen anderen Fällen der Schaffung oder Uebertragung von Besitz [4]. Besonders deutlich tritt das Willensmoment eben zutage beim Besitzerwerb durch einen Vertreter. War ihm ein gültiger Auftrag erteilt, eine Sache direkt für den Auftraggeber zu erwerben und erwirbt er nun wirklich die betr. Sache, so muß jede Theorie, die nur auf das objektive Vorliegen

hatte der Verkäufer Inventar, das ihm selbst noch nicht tradiert war, weiterveräußert und zwar durch constitutum possessorium. Das Reichsgericht meint, auf den Käufer gehe der mittelbare Besitz und Eigentum über, sobald der Veräußerer selbst Besitzer geworden sei, falls die beiden Parteien neben dem Uebereignungsvertrag (der ein ausdrückliches Konstitut enthielt) vereinbart hätten, daß von dem Augenblick des demnächst zu erwartenden Besitzerwerbs des Verkäufers an dieser den Besitz als Mieter des Klägers ausüben sollte und falls dieser Vereinbarung entsprochen wäre. Diese neben dem eigentlichen Mietvertrag vom Reichsgericht geforderte Vereinbarung ist nichts anderes als eben die im Text besprochene Besitzübertragungseinigung: die Erklärung der zwei entsprechenden Besitzwillen! Denn auch ohne diese Einigung besteht der Mietvertrag in Gültigkeit zu der Zeit, da der Vermieter den unmittelbaren Besitz erwirbt. Nur seine Zweckbestimmung zur Besitzvermittelung ist in solchem Fall ausdrücklich klar zu stellen. Von dem Besitzwillen des Mittlers redet auch RGE. Bd. 52 S. 393.

[1] Vgl. oben § 7 und Rohde S. 64 ff.

[2] Vgl. RGE. Bd. 54 S. 398.

[3] Natürlich ist davon eine Ausnahme zu machen, wenn die Besitzvermittelung kraft Gesetzes eintritt. Vgl. die Aufzählung bei Rohde a. a. O. S. 21 f.

[4] Schon oben ist betont, daß der Besitzwille in der Genehmigung auftragloser Geschäftsführung beim Besitzerwerb steckt; die herrschende Lehre, die von ihrem den Besitzwillen im Gebiet des § 868 unterdrückenden Standpunkt aus Genehmigung verlangt, fordert zuviel bezw. erkennt unbewußt eben das hier aufgestellte Erfordernis der Besitzeseinigung in diesem Spezialfall an.

eines Rechtsverhältnisses und nicht auch auf den Besitzwillen sieht, das Entstehen mittelbaren Besitzes annehmen, selbst wenn der Mittler die Sache für sich erwerben will [1]. Und doch muß er die Sache als Beauftragter erwerben, wie er sie auch weiterhin als Beauftragter besitzen muß. Das besagt schon der Wortlaut des § 868. Er muß also den Willen haben, die Sache für den Vertretenen zu erwerben und zu besitzen.

Wohin die Gegenansicht führt, zeigt u. a. ein von Wolff [2] geprägtes Beispiel: „Der Mieter, der die ihm noch nicht übergebene Mietsache mit Gewalt nimmt, erwirbt den Besitz originär, ist aber Besitzmittler des Vermieters." Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz des Mieters ist fehlerhaft und kann mit der Besitzklage vom Vermieter herausverlangt werden [3]. Denn es ist nicht unter allen Umständen anzunehmen, daß der Vermieter mit der sofortigen Besitzergreifung des Mieters einverstanden ist. Man denke nur z. B. daran, daß der Mieter etwa den Mietzins vorauszubezahlen oder eine Sicherheitsleistung vor der Uebergabe zu erbringen hat und dem noch nicht nachgekommen ist. Von einer Besitzvermittelung kann unter solchen Umständen doch keine Rede sein. Es ist vielmehr dieselbe Situation vorhanden, wie sie oben für den Fall der Ungültigkeit des Besitzwillens geschildert wurde. Erst durch nachträgliche Einigung erlangt der Mittler Uebergabe- und der Herr mittelbaren Besitz. Erst dann ist der Besitzwille [4] des mittel-

[1] So ausdrücklich z. B. Endemann II § 38, 2 a. Selbst wenn der Auftrag auf direkten Erwerb für den Herrn lautet und der Beauftragte einen solchen Vertrag geschlossen hat, besteht für ihn doch nur eine obligatorische Verpflichtung zu direktem Erwerb für den Herrn. Aeußert er vor dem Erwerb dem Tradenten oder sonstwie den Eigenerwerbswillen, so findet kein direkter Erwerb statt, falls der Tradent nicht einen widersprechenden Willen hat.

[2] Enneccerus-Wolff § 8 I a S. 17.

[3] Da nun aber im Moment der Besitzergreifung, also im Moment der Verübung verbotener Eigenmacht, gleichzeitig mittelbarer Besitz entsteht, so wären nach Wolffs Ansicht dem Herrn die Besitzschutzmittel, Selbsthilfe und Besitzklagen gegen den Mieter versagt (vgl. Staudinger Bem. 2 zu § 869). So gibt es also in einem solchen Fall keine verbotene Eigenmacht.

[4] Vgl. die Entscheidung des OLG. Dresden, Recht 1906 S. 377. Ein Käufer hatte die ihm von der Verkäuferin zugesandten Waren rechtzeitig beanstandet und wieder durch seinen Spediteur zurückgeschickt. Der

baren Besitzers vorhanden, ohne den der mittelbare Besitz nicht entstehen kann [1].

Auch bei der Besitzvermittelung nach § 868 ist also der Parteiwillen erforderlich, wiederum aber nur als negatives Tatbestandsmerkmal. Es besteht eine Vermutung dafür, daß ihn die Parteien bei Eingehung des Miet-, des Nießbrauchs- oder Verwahrungsvertrags gehabt haben. Wir brauchen also nicht den Individualwillen im Einzelfall zu erforschen, sondern können die typische Gestaltung der Verhältnisse zugrunde legen. Der Wille des Mittlers ist in dem Rechtsverhältnis objektiviert. Ist einmal der besitzvermittelnde Vertrag geschlossen, so kann seine Zweckbestimmung nicht mehr einseitig vom Mittler beseitigt werden, etwa durch die bloße Erklärung, er erkenne den Oberbesitz des anderen nicht mehr an [2].

V. Damit ist die Aufzählung der Erfordernisse des Erwerbs des mittelbaren Besitzes für einen anderen erschöpft. Nicht darf gefordert werden, daß der Mittler beim Erwerb des unmittelbaren Besitzes von dem dritten Tradenten ausdrücklich oder doch erkennbar in fremdem Namen gehandelt, daß er sein Verhältnis zu dem Vertretenen nach außen geoffenbart habe. Die meisten Autoren haben ein derartiges Verhalten des Mittlers zur Bedingung dafür gemacht, daß der Vertretene durch den Erwerb des unmittelbaren Besitzes seitens des Mittlers seinerseits den mittelbaren Besitz erlange [3]. Die Anwendung der Stell-

Spediteur der Verkäuferin holte sie „auf Grund allgemeiner von dieser erteilten Vollmacht“ (wohl besser: und Dienstvertrag) von der Bahn ab und nahm sie für die Verkäuferin in Empfang. Nun weigerte sich die Verkäuferin die Waren von dem Spediteur zurückzunehmen und diesen von dem unmittelbaren Besitz zu entlasten. Da der Spediteur sich das gefallen ließ, gab die Verkäuferin den mittelbaren Besitz zu seinen Gunsten auf und machte ihn dadurch zum alleinigen unmittelbaren Besitzer. Nach diesem Bericht scheint das OLG. Dresden ebenfalls auf den Besitzwillen abzustellen, durch Willenseinigung wurde der mittelbare Besitz wieder aufgehoben. Ueber den Besitzwillen des mittelbaren Besitzers Endemann § 38 Anm. 16.

[1] Ueber die Besitzverträge zugunsten Dritter s. oben § 8.

[2] Dieser Ansicht sind z. B. Strohal a. a. O. S. 110 ff.; Endemann II S. 165, 167; Cosack S. 70, 72; Kniep, Besitz S. 258, 266; Planck Bem. 3 zu § 868. Dagegen Rohde a. a. O. S. 76 ff.; Bekker a. a. O. S. 63; F. Leonhard a. a. O. S. 71 ff.

[3] Vgl. z. B. Planck Bem. 2 S. 62; Staudinger Bem. II 3 b

vertretungsgrundsätze und somit auch des Offenheitsprinzips haben das verschuldet[1], indem man einen solchen Besitzerwerb unter die Grundsätze der Stellvertretung preßte.

Der Vertretene, für den der Beauftragte eine Sache erwirbt, erlangt den mittelbaren Besitz nur dann, wenn in seinem internen Verhältnis zu letzterem die Voraussetzungen der Besitzvermittelung gegeben sind, also wenn der Beauftragte für ihn erwerben will und ein gültiges Vermittelungsverhältnis besteht, dann aber auch immer. Der Wille dessen, der dem Beauftragten die Sache tradiert, hat keinerlei direkte Bedeutung für die Besitzvermittelung; denn besteht kein Kausalverhältnis zwischen Herr und Mittler, so kann sein Wille es nicht ersetzen und besteht ein Besitzvermittelungsverhältnis zwischen beiden, so kann auch der ausgesprochene Wille des Tradenten den Erwerb des mittelbaren Besitzes durch den Auftraggeber nicht hindern, sobald er die Sache dem Mittler bedingungslos übergeben hat[2]. Daran ändert sich nichts, mag der Mittler ausdrücklich nach außen für den Auftraggeber auftreten oder nicht, in eigener Kausalbeziehung oder in fremder sich vom Dritten tradieren lassen. Also auch wenn der Mittler Vertretungsmacht hat und sie dem Tradenten gegenüber hervortreten läßt, ist doch einzig für die Besitzvermittelung entscheidend seine Innenbeziehung zum Herrn[3].

Der Mittler muß, wenn seine Tätigkeit mittelbaren Besitz beim Vertretenen herbeiführen soll, a l s Beauftragter etc. beim Erwerb des unmittelbaren Besitzes gehandelt haben. Das will bedeuten: es genügt nicht bloß die objektive Identität des von ihm erworbenen Gegenstands mit dem, auf den sich das Auftragsverhältnis bezieht. Es muß der Wille der Besitzvermittelung beim Beauftragten hinzukommen. Eine Vermutung spricht da-

zu § 868; Przibilla, Iherings J. Bd. 50 S. 332 ff.; Kniep S. 151; Trendelenburg S. 41. Dagegen z. B. Endemann § 38 S. 212 f. Anm. 15, aber § 32 Anm. 15.

[1] Vgl. die Ausführungen Przibillas, Iherings J. Bd. 50 S. 330, der rein aus allgemeinen Erwägungen die Anwendung der §§ 164 ff. auf den Besitzerwerb durch Mittler nach § 868 folgert, sie aber bei dem Erwerb durch die Besitzdiener des § 855 leugnet.

[2] Anders nur, wenn der Tradent die Sache dem Beauftragten unter Verbot der Weitergabe des Besitzes gegeben hätte, hier wäre die Einwilligung in den Besitzerwerb des anderen nur als eine bedingte anzusehen.

[3] Isay a. a. O. S. 351.

für, daß er bereits in dem Vertragsverhältnis enthalten ist und zur Zeit des Erwerbs fortbesteht. Doch kann die Vermutung durch den Nachweis des vor oder bei der Tradition kundbar gemachten Eigenerwerbswillen widerlegt werden. Nichts dagegen ist in § 868 enthalten von einem bestimmten Auftreten des Mittlers nach außen [1]: § 868 gibt lediglich an, welche Voraussetzungen im internen Verhältnis von Mittler zu Herrn vorhanden sein müssen, damit die tatsächliche Gewalt des einen sich mitteilt auf den anderen. Wie wenig das äußere Auftreten nützt, illustriert ein Beispiel Isays (S. 351) sehr gut: der Mittler, dessen Vollmacht nach außen fortbesteht, dem aber intern die Geschäftsführung verboten ist, erwirbt im Namen des Herrn von einem Dritten eine Sache. Da Vollmacht besteht, tritt nach § 362 zwar die rechtsgeschäftliche Wirkung der Leistung für den Herrn ein, aber Besitz erwirbt er nicht, da das interne Band zum Mittler, das dessen Besitzverpflichtung schaffen soll, gelöst ist.

Die herrschende Lehre will den Erwerb bei Speziesschulden anders behandeln, als bei Genusschulden [2]. Der Unterschied ist aber kein sehr großer, er liegt mehr auf dem Gebiet des Tatsächlichen, als auf dem des Rechts. Es ist doch sehr wohl möglich, daß der Beauftragte vertretbare Sachen mit Fremderwerbswillen einkauft und dadurch sofort den Besitz vermittelt, wenn nur die Ware genügend individualisiert ist. Bei den vertretbaren Sachen ist die Gefahr einer mangelhaften Individualisierung größer als bei nicht vertretbaren, sobald aber objektiv feststeht, welche Stücke der Mittler für den Herrn erwerben wollte, tritt Besitzvermittelung hinsichtlich ihrer ein. Wenn der Beauftragte oder Kommissionar im Großen einkauft, mehrere Aufträge zugleich ausführt, so muss natürlich erst noch bestimmt werden, welche Stücke er im einzelnen für den jeweiligen Auftraggeber erwerben wollte. Solange aber das noch nicht geschehen ist, hat der Auftraggeber auch keinen mittelbaren Besitz erlangt, da sich das Besitzvermittelungsverhältnis auf bestimmte Gegenstände beziehen muß [3].

---

[1] Das will z. B. Przibilla, Iherings J. Bd. 50 S. 332 aus dem Worte „als“ (Beauftragter) herauslesen.

[2] Vgl. Isay a. a. O. S. 353 f.; Bartels in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 672; Jung ZHR. Bd. 47 S. 189 ff., 206 ff.; v. Tuhr, actio de in rem verso S. 68 ff., 76 ff.

[3] RGE. Bd. 52 S. 389.

Allerdings ist so viel sicher, daß sich, wenn der Beauftragte vertretbare Sachen erwirbt, aus der bloßen Identität des Erwerbs- und des Auftragsgegenstandes nicht mit derselben Bestimmtheit, wie bei nicht vertretbaren, vermuten läßt, daß er diese Gegenstände gerade als Beauftragter erworben habe [1]. Mit Recht fordert man daher noch eine äußere Kundbarmachung seines Willens, diese Wertpapiere etc. für seinen Auftraggeber erworben zu haben: so verlangt man getrennte Aufbewahrung, Uebersendung eines Nummernverzeichnisses etc. Ganz besonders macht sich natürlich eine solche Individualisierung dann notwendig, wenn der Beauftragte bei Erwerb oder Aufbewahrung eine gesonderte Behandlung der für den betr. Auftraggeber bestimmten Ware nicht durchführte. Erst wenn die Ware individualisiert ist, läßt sich von den einzelnen Gegenständen sagen, daß der Mittler gerade sie in Ausführung des Auftrags erworben habe; erst aus diesem Tun ist auch der Wille des Mittlers erkennbar, für seinen Auftraggeber Besitz vermitteln zu wollen.

Das alles hat also nichts zu tun mit dem Auftreten des Mittlers seinem Tradenten gegenüber. Wenn er z. B. 20 Kisten Zigarren derselben Sorte einkauft, 10 ausdrücklich im Namen seines Auftraggebers, 10 für sich, und der Tradent übergibt sie ihm, ohne zu bestimmen, welche Stücke er dem Auftraggeber zukommen zu lassen wünscht, so tritt doch der Erwerb des mittelbaren Besitzes für den Auftraggeber erst ein [2], wenn der Beauftragte die für den letzteren bestimmten Kisten genügend individualisiert hat. Es bedarf noch einer Konkretisierung des Objektes des Herausgabeanspruchs des Gläubigers. Hat dagegen der Mittler vertretbare Sachen im Auftrag seines Herrn, abgesondert von anderer Ware, erworben mit dem Fremderwerbswillen, wenn

[1] Gerade beim Erwerb von Genussachen (Wertpapieren z. B.) fehlt dieser Wille meist, so in Kommissionsverhältnissen. Hat A dem B Auftrag zum Ankauf von 10 Stück Aktien bestimmter Gattung gegeben und dieser sie eingekauft, so ist ein sofortiger Fremderwerbswille des Kommissionärs nicht ohne weiteres zu vermuten. Er kann diese Stücke anderweitig z. B. verkaufen und für A neue anschaffen.

[2] Hier einen mittelbaren Besitz des Auftraggebers an der ganzen Zahl der Kisten anzunehmen, wie Eger a. a. O. S. 22 das will, ist nicht möglich. Dem Auftraggeber steht doch nicht an allen 20 Kisten ein Herausgabeanspruch zu.

schon nach außen sein Vermittelungsverhältnis nicht hervortrat, so geht doch direkt mit dem Erwerb mittelbarer Besitz über.

Handelt der Mittler in fremdem Namen, hat er vielleicht sogar die Kausalbeziehung, auf Grund deren ihm tradiert wird, auf fremden Namen geknüpft, so ist es natürlich möglich, daß der Tradent bereits konkretisiert und bestimmte Gegenstände für den Auftraggeber bezeichnet. Der Mittler könnte in einem solchen Fall, wenn er Eigenerwerbswillen hegte, weder Eigentum noch Uebergabebesitz vom Tradenten für sich selbst erwerben, da es dann an einer Einigung zwischen ihm und dem Tradenten fehlte.

Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, daß die Aussonderung und Individualisierung nicht mit der herrschenden Meinung, insbesondere der Reichsgerichtspraxis, als ein constitutum possessorium, das der Mittler mit sich selbst als Vertreter des Auftraggebers abschlösse, angesehen werden darf[1]. Das um so mehr, als das Reichsgericht selbst das Ausscheiden der Wertpapiere z. B. als rein internen Geschäftsvorgang bezeichnet[2], der somit von jedem beliebigen Angestellten der Bank vorgenommen werden kann, also auch einem, der keine Vollmacht vom Kunden und keine Vertretungsmacht für das Geschäft nach außen besitzt. Das kann aber doch unmöglich dann richtig sein, wenn in dem Ausscheiden der Abschluß eines Konstitutsvertrages läge.

[1] So insbesondere, wenn der Bankier Wertpapiere in eine mit dem Namen des Kunden versehene Mappe oder Umschlag legt. Das ist ständige Rechtsprechung, vgl. RGE. Bd. 63 S. 16 ff.; Warneyer, Ergänzungsband 1908 Nr. 160 S. 114. Vgl. Jung a. a. O. S. 189 ff., 206 ff., der sich ebenfalls gegen die Konstitutstheorie wendet.

[2] RG. in Warneyers Ergänzungsband 1908 Nr. 160 S. 114.